



This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

### **Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

- + *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
- + *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
- + *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
- + *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

### **About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at <http://books.google.com/>



## Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

## Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

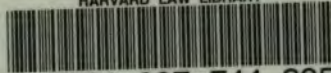
Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

- + *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.
- + *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.
- + *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.
- + *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

## Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter <http://books.google.com> durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY



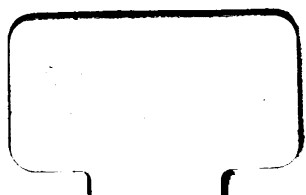
3 2044 097 744 395

LEINWEBER

Die Dotalimpensen

1893

HARVARD LAW LIBRARY



AUSTRIA<sub>GR</sub>

DIE  
DOTALIMPENSEN.

Von

Dr. Arnold Leinweber.

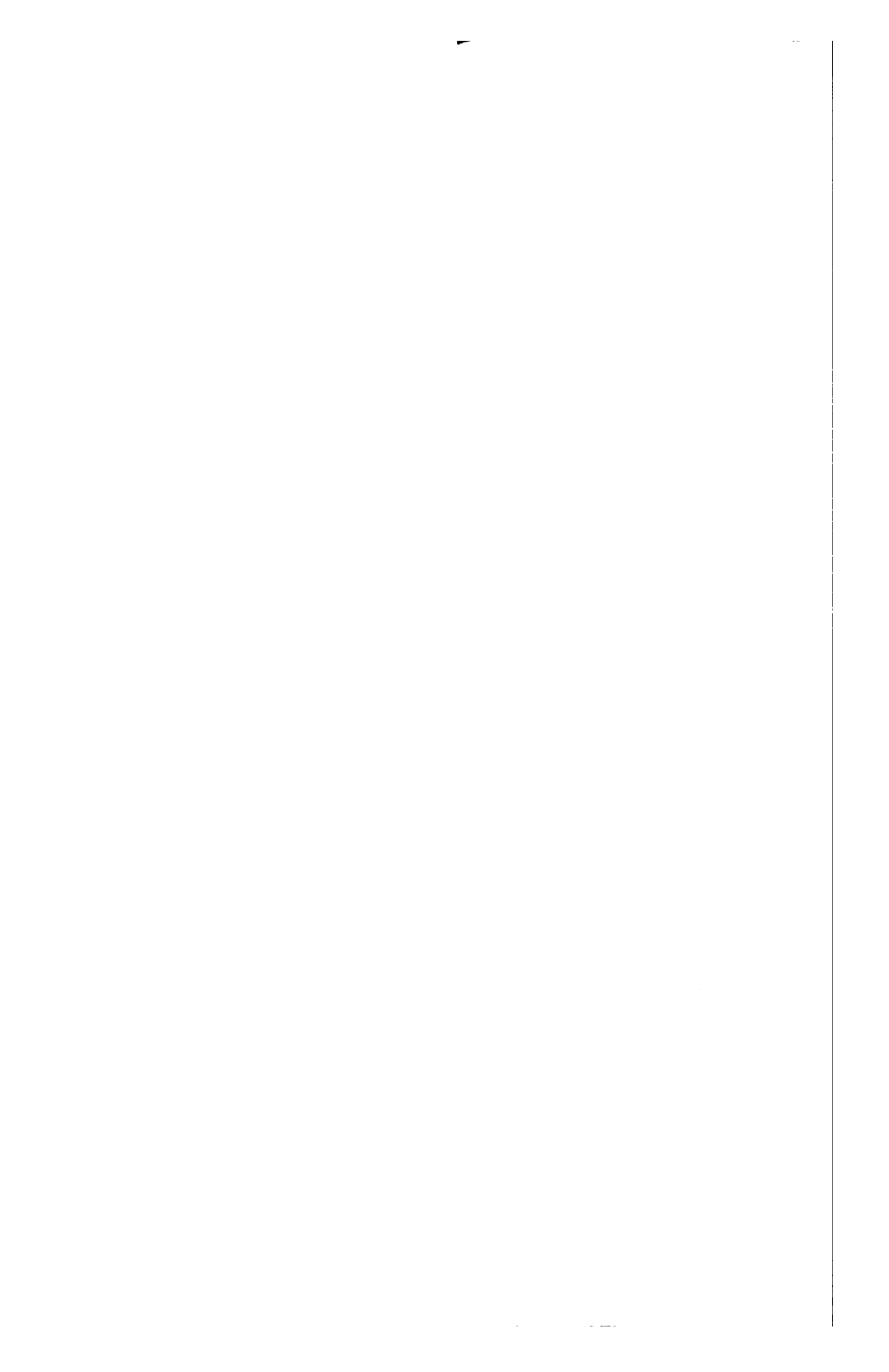
*Wien u. Bozener in 24 63'*



WIEN 1893.

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

C. Ueberreuter'sche Buchdruckerei (M. Salzer).



## Die Dotalimpensen.<sup>1)</sup>

### I.

Die Berücksichtigung der Impensen erfolgt im Allgemeinen zur Vermeidung der sonst eintretenden Bereicherung. Wo der Aufwand ein derartiger ist, dass das Material seine frühere Natur beibehalten hat, wie z. B. bei Bauten, ist die Bereicherung um die Sache nicht zweifelhaft. Aber auch in den übrigen Fällen, wo sich die Sache, welche der Verwender vermisst, nicht in ihrer ursprünglichen Gestalt in dem Vermögen des Klägers befindet, sondern nur als die Ursache eines dadurch erzielten günstigen Resultates fortwirkt, ist die Bereicherung des Klägers nicht minder vorhanden; denn da alle Sachen für uns nur durch ihren möglichen Gebrauch einen Werth haben, so ist das eine Vermögen ebensogut vermehrt und das andere vermindert, ob eine Sache in natura oder ihre Verwendung einem fremden Vermögen zufällt. Nur kann in dem einen Falle die Ausgleichung durch Naturalrestitution geschehen, in dem andern muss sie durch Geld erfolgen.

Wäre der Gesichtspunkt der Bereicherung allein massgebend, so müsste jedesmal, wenn dem Kläger auf Kosten des Verwenders irgend ein Vortheil erwachsen ist, also auch bei den *impensae voluptariae*, ein Anspruch des Verwenders entstehen. Es müsste aber auch andererseits bei dem separablen Aufwande genügen, dass der Verwender auf das *tollere* verwiesen wird, da dadurch die Bereicherung vermieden und ihm seine Sache zurückgestellt wird. Es würde dies aber in sehr vielen Fällen, in welchen das *tollere* mit einer Werthzerstörung verbunden ist, zum schweren Nachtheile des Verwenders ausschlagen; desswegen hat man sich nicht mit einer Trennung des fremden Eigenthums, wie bei einer *ad-junctio* begnügt, sondern man hat in einer billigen Berücksichtigung des Verwenders demselben den Anspruch auf Ersatz gegeben. Derselbe durfte andererseits nicht dazu führen, dass der Kläger durch Uebernahme eines ihm unbequemen oder nicht angemessenen Aufwandes in eine nachtheilige Lage gebracht werde. Es war daher Rücksicht auf Beide zu nehmen: der Kläger sollte nicht durch

<sup>1)</sup> Dernburg „Compensation“ S. 96—158. Czychlarz „Das römische Dotalrecht“. Bechmann „Römisches Dotalrecht“.

den Ersatz gedrückt, der Verwender nicht durch die Verweigerung desselben muthwilligerweise zu Schaden gebracht werden.

Das Zusammenwirken dieser beiden Ideen führte dahin, dass man den Kläger dann, wenn der Ersatz ein ihn belastender gewesen wäre, von jeder Ersatzpflicht freisprach, auch wenn ein jus tollendi nicht ausgeübt werden konnte, er daher bereichert blieb; in den übrigen Fällen brauchte sich dagegen der Verwender mit den jus tollendi nicht zu begnügen, sondern konnte Ersatz fordern. Da die Gewährung des Ersatzanspruches aus Billigkeitsrücksichten erfolgte, so ist es begreiflich, dass die Frage, wie weit man hiebei gehen sollte, Schwankungen unterworfen war. Als Beispiel können die Impensen des mala fide possessor dienen, bei denen man besonders unentschieden war, wie weit er eine Rücksicht verdiene. In der l. 5 §. 1 C III 32 wird ihm nur bei den necessariae eine Ersatzforderung gewährt, in der l. 1 C VIII 51 und in der l. 13 D 13, 1 dem für ein jeder Ersatz, auch der necessariae abgesprochen, in der l. 38 D 5, 3 der m. f. possessor mit dem b. f. possessor gleichgestellt, in der l. 7 §. 12 D 41, 1 dem m. f. possessor von Gaius Ersatz und Separation verweigert, während in der l. 39 §. 1 D 5, 3 derselbe Jurist seine Ansicht geändert hat. Diese Billigkeitsrücksichten hängen eben von dem Empfinden ab; man kann von einer Entscheidung zur anderen übergehen, ohne sonst etwas ändern zu müssen.

Zum Zwecke der Lösung der Frage, wann ein Ersatz billig sei, unterschied man 3 Classen von Impensen: die necessariae, utiles und voluptariae. Die Letzteren waren vorzugsweise als eine unfruchtbare Capitalsanlage die belastenden Impensen, und man war einig darin, dass aus ihnen dem Verwender kein Anspruch auf Ersatz entstehen sollte. Es existirt allerdings eine Stelle, die l. 39 §. 1, D 5, 3 von Gaius, in welcher er geneigt zu sein scheint, dem bona fide possessor einer Erbschaft auch für die voluptariae den Ersatz zuzusprechen. Allein Gaius war, wie auch seine Meinungsänderung hinsichtlich der Impensen des m. f. possessor beweist in dieser Lehre überhaupt zu keiner festen Anschauung gekommen; wir haben es nur mit einem sich selbst gemachten Einwurfe zu thun, der trotzdem die Frage in suspenso lässt. Abgesehen von dieser Stelle finden wir sonst überall, dass man bei den voluptariae den Verwender auf das jus tollendi beschränkte. Ebenso einig war man darüber, dass aus den necessariae ein Anspruch auf Ersatz entspringen sollte.

Dagegen trennten sich die Ansichten der Juristen bei den utiles. Da diese, wenn sie nicht zu den Verhältnissen des Klägers passen, für ihn zu einer Last werden und ihn vielleicht zum Verkaufe der Sache zwingen, so machte Paulus die Ersatzforderung davon abhängig, dass der Aufwand mit Willen des Klägers gemacht oder von ihm genehmigt sei; frühere Juristen verweigerten dagegen, wie aus der l. 18 D 23, 5 hervorgeht, in diesem Falle



überhaupt den Ersatz. Diese starre Unterscheidung der Anrechnung nach Classen erhielt sich aber überhaupt nicht. Man stellte als den leitenden Grundsatz hin, dass der Kläger nicht zur Uebernahme eines Aufwandes gezwungen werden dürfe, zu dem er sich aus einem triftigen Grunde nicht entschlossen hätte;') ob dies im einzelnen Falle vorlag oder nicht, überliess man dem richterlichen Ermessen. Es konnte bei den *necessariae* und *utiles* die Ersatzforderung aus subjectiven Gründen abgewiesen und dagegen wiederum bei *voluptariae* zugelassen werden. Die Unterscheidung zwischen den 3 Classen blieb nur als eine Beweisregel aufrecht: durch die objective Nützlichkeit des Aufwandes machte der Verwender seine Behauptung, der Aufwand sei für den Kläger keine Last, hinlänglich wahrscheinlich, es war nun Sache des Klägers, das Gegentheil aus seinen subjectiven Verhältnissen nachzuweisen. Dagegen hatte umgekehrt bei den *voluptariae* der Verwender nachzuweisen, dass gerade dieser Aufwand und in dieser Form dem Kläger passe; derselbe hatte z. B. den Aufwand schon früher selbst gemacht oder er hatte sich günstig darüber geäußert etc. Man schloss also, dass die allgemeine Beurtheilung auch für den besonderen Fall gelte und das Gegentheil war aus den subjectiven Verhältnissen des Klägers nachzuweisen.

Es sei diesbezüglich nur auf die l. 25 D. 13, 7 und l. 13 §. 22 D 19, 1 von Ulpian und die l. 38 D 6, 1 von Celsus hingewiesen. In der l. 25 D 13, 7 heisst es, der Pfandgläubiger, der die verpfändeten Sklaven in Handfertigkeiten unterrichtete, kann Ersatz fordern, wenn die *artificia* nothwendige waren, *non tamen sic, ut cogatur servis carere pro quantitate sumptuum debitor*. Also auch bei *necessariae* keine unbedingte Ersatzpflicht. Sind die Handfertigkeiten keine nothwendigen, so dann Ersatz, wenn der Unterricht nur eine Fortsetzung des früheren Unterrichtes war oder mit Willen des Schuldners geschah. In der l. 13 §. 22 D 19, 1 kann der Verkäufer des Sklaven dann Ersatz fordern, *si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi*, dagegen kann er die Kurkosten, also nothwendige Auslagen ohneweiters verlangen. In der l. 38 D 6, 1 werden nützliche *Impensen* dann von dem Ersatze ausgeschlossen, wenn der Kläger zu ihrer Bezahlung die Sache veräussern müsste, aber dann wieder zugelassen, wenn der Verkauf derselben überhaupt ein beabsichtigter war. Die Beweislast muss sich nach den allgemeinen Regeln vertheilen: der Kläger hat seine Einwendung, dass er durch den Ersatz zum Verkaufe von Sachen gezwungen würde, nachzuweisen, während es wiederum Sache des Verwenders ist, den beabsichtigten Verkauf oder — in Bezug auf die früher erwähnte Stelle — das Einverständniss des Klägers nachzuweisen.

1) l. 3 §. 4 D 15, 3.

Diese fallweise Prüfung der Impensen war aber, wie gesagt, erst ein Product der späteren Zeit; früher hielt man sich hinsichtlich der Anrechnung strenge an die 3 Classen. Die Rücksicht auf die subjectiven Verhältnisse des Klägers war nur als Motiv de lege ferenda massgebend, dass man nämlich überhaupt bei der einen Classe eine Ersatzforderung gab, bei der anderen nicht; ob aber dann im einzelnen Falle der allgemeine Gesichtspunkt zutraf, kam nicht mehr in Betracht. So macht Paulus in der l. 79 §. 1 D 50, 16; l. 8 D 25, 1 und l. 27 §. 5 D 6, 1 den Grundsatz, der Kläger dürfe durch den Aufwand nicht zur Veräusserung der Sache genöthigt werden, nicht etwa zur Bedingung, sondern zum Grunde, dass er die ganze Classe der utiles desswegen, weil dieser Fall leicht eintreten kann, in der Anrechnung beschränkt.

In den Fällen, wo man dem Verwender den Ersatz verweigerte, musste man ihm doch das tollere jedesmal gestatten.

Dies gilt auch dann, wenn es sich um errichtete Gebäude handelt, ohne dass das Zwölftafelgesetz hindernd entgegensteht. Denn die nationalökonomische Bedeutung desselben war nur für die Zeit der Städtebildung wichtig, kam aber in der classischen Zeit nicht mehr in Betracht; dagegen die Rücksicht auf den Schaden des Hauseigenthümers, der eines fremden Bausteines wegen sein Haus niederreißen soll, traf hier nicht zu, weil es der Bauführer selbst ist, der die Demolirung begehrt, ein anderes Interesse als das seine daher nicht geschädigt wird.

Das jus tollendi war dadurch beschränkt, dass einerseits durch seine Ausübung die Hauptsache nicht verletzt werden durfte, andererseits es dann ausgeschlossen war, wenn die ablata dem Verwender zu nichts mehr dienen konnten.<sup>1)</sup> Der Grund dieser letzteren Bestimmung liegt in der Lehre von der Specification und adjunctio, ist daher nicht Gegenstand dieser Abhandlung. Es möge hier noch eine Darstellung der Geltendmachung der Impensen bei der rei vindicatio ihren Platz finden, weil später darauf zurückgegriffen werden muss. Sie erfolgte durch die exceptio doli. Der dolus lag darin, dass der Kläger mit der intentio der Formel: quanti ea res est, die ganze Schätzsumme der Sache, auch den Werth des Aufwandes, welchen der Verwender aus eigenen Mitteln gemacht hatte, für sich in Anspruch nahm. Wenn daher der Kläger auf die Mittheilung von dem Aufwande nicht selbst eine Restringirung des Petites, etwa durch die Formel: quanti ea res est deductis impensis (necessariis), vornahm, wurde die exceptio doli gestellt.<sup>2)</sup> In der früheren Zeit hatte dies wegen der strengen Wirkung der plus petitio die Abweisung des Klägers zur Folge, daher die Ausdrucksweise: doli mali exceptione repellere, amovere; andere Stellen, so die l. 38 D 6, 1 von Celsus zeigen uns, dass eine Restrin-

<sup>1)</sup> l. 9 D 25, 1.

<sup>2)</sup> l. 28 und 30 D 6, 1.

gung des Klagebegehrens durch den Richter zugelassen wurde. Bevor es zum Urtheil kam, versuchte der Richter allerdings die Rückstellung der Sache selbst unter Wahrung der Impensen zu veranlassen. Er erliess das Zwischenurtheil in einer der drei Formen:

1. Die Sache ist zurückzustellen; aber der Kläger hat vorher die Impensen zu bezahlen.
2. Die Sache ist zurückzustellen; aber der <sup>Kläger</sup> ~~Kläger~~ kann vorher seinen Aufwand wegnehmen.
3. Die Sache ist unbedingt zurückzustellen.

Welche von diesen drei Entscheidungen zur Anwendung kam, richtete sich darnach, ob der Verwender Anspruch auf Ersatz oder nur auf Separation hatte, oder ob auch die letztere nach der Natur des Aufwandes nicht möglich war. Uns interessirt nur der erste Fall. Wenn der Kläger nicht den Ersatz leistete, schritt der Richter zum Urtheil; er verurtheilte den Geklagten zur Zahlung des Schätzwertes der Sache, jedoch unter Abzug des Werthes des Aufwandes. l. 38 i. f. D 6, 1: nisi reddit, quantum prima parte reddi oportere diximus, eo deducto tu condemnandus ex. Dieses Resultat war für den Geklagten in vielen Fällen sehr unbequem; er hätte es vorgezogen, wenn nur sein Aufwand bezahlt wird, die Sache zurückzustellen, statt so eine Geldsumme zu leisten, die er vielleicht nur schwer aufreiben kann; in der gleichen Lage kann sich der Kläger befinden, der vielleicht nur wegen einer momentanen Geldverlegenheit den Aufwand nicht zahlen kann und jetzt seine Sache verlieren soll. Es war daher ein glücklicher Gedanke, auf das Hilfsmittel der zeitweisen Retention der Sache bis zur Zahlung der Impensen zu greifen. Wir kennen seine Anwendung von Ulpian allerdings nur bei der Dotalklage, hinsichtlich des Impensenersatzes bei der rei vindicatio ist uns von Ulpian meines Wissens keine einzige Stelle überliefert, es muss jedoch hiefür dasselbe gelten.

## II.

Das Bemerkenswerthe bei den auf die dos gemachten Impensen ist die Art ihrer Berücksichtigung bei der Dotalklage. Wir können diesbezüglich drei Richtungen unterscheiden: Eine ältere, später wesentlich modificirte Theorie gab für die Impensenforderung einen dauernden Abzug von der dos, die dos selbst diente als Befriedigungsobject. Eine andere Richtung, als deren Repräsentanten wir Ulpian kennen lernen werden, gestattete blos ein vorläufiges Zurückhalten von Dotalsachen bis zur Befriedigung der Impensenforderung durch die Frau. In der Zeit nach Ulpian endlich gab man dem Gatten für seine Impensen ein Klagerrecht und dieselben konnten bei der Dotalklage nur mehr compensationsweise geltend gemacht werden, bis Justinian auch hierin eine Aenderung schuf.

Diese verschiedenen Richtungen folgen den Anschauungen, welche man successive über die dos und ihre Rückstellung hatte. Ursprünglich verblieb bekanntlich die dos dauernd beim Gatten; das Rückforderungsrecht der Frau entwickelte sich nur zögernd. Ob die Frau überhaupt etwas erhielt und wieviel, war im Anfange dem arbitrium des Richters zu einer billigen Beurtheilung im einzelnen Falle anheimgegeben. Wahrscheinlich erblickte man auch in dieser Zeit in dem Gatten den Eigenthümer der Dotalsachen, und beschränkte ihn, da der Anspruch auf Restitution ein so ungewisser und nicht fixirter war, in dem eigenthumsgleichen Verfügungsrechte über die Dotalsachen nicht.

In der zweiten Periode war der Anspruch der Frau ein bestimmter; er ging auf die Rückstellung der ursprünglich zur dos gegebenen Sachen sammt Accessionen, und die Aufgabe des Richters war jetzt dieselbe, wie bei einer jeden Restitutionsklage, bei einer vindicatio oder actio commodati. Er hatte die Zurückstellung der hingegebenen Objecte und für die fehlenden den Ersatz aufzutragen. Das Recht des Gatten bestand blos in einem Nutzgenuss der ihm zeitweise anvertrauten Sachen, zu Veränderungen war er nicht befugt. Es war nur eine consequente Entwicklung davon, dass man dann die Dotalsachen während der Ehe als dem Gatten fremde ansah und ihm hinsichtlich seiner Impensen eine actio negotiorum gestorum gab.

Wir haben uns vorläufig nur mit der ersten Periode und ihrem Einflusse auf die Anrechnung der Impensen zu beschäftigen; Sache der folgenden Capitel ist es dann, auch hinsichtlich der späteren Perioden den Zusammenhang darzulegen.

Unter der dos verstand man einmal etwas Ideales, die Höhe des Beitrages, mit welchem sich die Gattin an den ehelichen Lasten betheiligen will, zweitens etwas Reales, nämlich die Materie, welche diesen Beitrag körperlich darstellt. Einer jeden Veränderung der Capitalshöhe entspricht natürlich auch eine andere materielle Fülle. Bei der Dosbestellung wird die körperliche dos gerade durch die Dotalsachen gebildet; aber diese Coincidenz braucht nicht bestehen zu bleiben, es kann auch eine Differenz eintreten wie gleich gezeigt werden wird.

Die Formel der Dotalklage: „quidquid dotis nomine Nm Nm, mulieri reddere aequius melius esse parebit“ entspricht der Zeit, da der Anspruch der Frau noch kein gefestigter war, sondern von dem arbiträren Ermessen des Richters abhing. Besonders war die intentio. quidquid... dann, wenn man dem Gatten ein freies Verwaltungsrecht der dos gegenüber zugestand, eine Nothwendigkeit, damit dem Wechsel in den Dotalsachen Rechnung getragen werde. Jedenfalls wurde aber der Richter durch die Formel veranlasst, erst die Grösse der dos zu untersuchen, sie zusammenzustellen und dann ihre Rückstellung an die Frau zu veranlassen.

Wie hat er sich nun dem Aufwande gegenüber zu verhalten? Die Impensen sind keine Schenkung an die dos, sondern ihr Werth soll wieder zurückerstattet werden, sie sind nur eine zeitweise Aushilfe. Das Capital der dos wird daher durch die Impensen nicht vermehrt, dies kann von aussen überhaupt nur durch eine weitere Dosbestellung geschehen; die Veränderung geht also, ohne das Capital zu beeinflussen, bloß in den Dotalsachen vor sich. Es entsteht dadurch eine Differenz zwischen der dos, welche sich gleich bleibt, und den Dotalsachen, welche einen Zuwachs erfahren. Der Richter, welcher die dos erst bestimmen soll, muss dieser Differenz Rechnung tragen. Hiezu stehen ihm zwei Möglichkeiten offen, entweder die Retention, das Zurückbehalten der Dotalsachen, bis die Frau Ersatz leistet, oder die Deduction, indem er der Frau die Dotalsachen nur bis zur Höhe der dos zuzählt und den Rest dem Gatten zurücklässt. Infolge des arbitrium, dadurch, dass der Richter die dos erst zu bemessen hatte, wurde er auf die deductio gewiesen. Nur in diesem Falle construirt er die dos in ihrer wirklichen Höhe, während er bei der retentio immer mehr als die dos zurückstellt; es entspricht aber auch besser dem arbitrium des Richters, dass er die endliche Schlichtung nicht der Partei überlasse, wenn er sie selbst sofort durchführen kann.<sup>1)</sup>

Die deductio ist dann, wenn der Richter arbiter ist, am Platze, dagegen bei einer Formel mit einer intentio certa ist wiederum die retentio die einzig mögliche Form, die Impensen zu berücksichtigen. Bei einer rei vindicatio z. B. wäre eine deductio jene absurde Compensation, von welcher Ulpian in der l. 5 pr. D 25, 1 spricht; hier hat der Kläger ein festes Recht auf die Zurückgabe der ihm eigenthümlichen Sachen mit Accessionen, von denen ihm nichts vorenthalten werden darf. Dagegen bei der Dotalklage ist der Anspruch des Klägers nicht auf einzelne Objecte fixirt, sondern nur auf die dos in ihrer Capitalshöhe gerichtet. Wenn der Richter den überragenden Theil abtrennt, so wird kein Recht der Frau verletzt, sondern ihr gerade dasjenige verschafft, was sie verlangt, nämlich die dos.<sup>2)</sup>

Infolge der Differenz, welche durch die Anbringung des Aufwandes zwischen dos und Dotalsachen entsteht, tritt ein Theil der Dotalsachen ausserhalb der dos. Der Rahmen der dos, wenn dieses Beispiel gestattet ist, deckt nicht mehr alle Dotalsachen, ein Theil überragt. Dieser Theil ist aber vorläufig nur ein idealer; es fehlt

<sup>1)</sup> l. 27 §. 5 D 6, 1; l. 12 D 25, 1 . . . „arbiter“.

<sup>2)</sup> Man hat die Impensen als eine Schuld der dos bezeichnet, wozu die Ausdrucksweise der Quellen: aes alienum dotis oder peculii das meiste beitrug; thatsächlich liesse sich dadurch vieles einfach erklären, insbesondere die Erscheinung, dass die Impensen zu einem Abzug an der dos führen. Aber man darf nicht vergessen, dass die dos keine juristische Person, sondern nur eine Anzahl von einzelnen, durch eine gemeinsame Bestimmung verbundenen Sachen ist; sie kann kein Rechtsleben und daher auch keine Schulden haben.

die Bestimmung jener Objecte, welche auf ihn entfallen, die also nicht mehr zur dos gehören sollen. In der früheren Zeit konnte nun der Gatte diese Auswahl selbst treffen und die ausgeschiedenen Gegenstände, als nicht mehr zur dos gehörig, nach Belieben für sich verwenden oder veräussern. In der l. 56 §. 3 D 23, 3 werden wir ein Beispiel hiefür kennen lernen. In dieser Beziehung trat nun zuerst eine Aenderung ein, welche für die Lehre von den Dotalimpensen von der grössten Wichtigkeit war.

Dieselbe zeigt in ihrer Entwicklung die Tendenz, Veränderungen in der dos hintanzuhalten und der Frau die dos, wenn möglich, so wie sie sie bestellte, zu verschaffen. Der erste Schritt in dieser Richtung war der, dass man dem Gatten das Recht nahm, für seine Impensen sich nach Belieben Dotal Sachen auszusuchen und diese Bestimmung dem judicium vorbehielt. Erfolgte bis dahin der Impensenersatz seitens der Frau, so musste die dos unverkürzt restituirt werden, und nur wenn dieser unterblieb, kam es beim Dotaljudicium zur deductio. Die praktische Seite dieser Aenderung lag weniger darin, dass bei der Auswahl von Dotal Sachen pro impensis das Interesse der Frau durch den Richter geschützt werden sollte, als darin, dass ihr die Möglichkeit, durch den Ersatz alle ihre Sachen zurückzuerhalten, gewahrt blieb. Früher lag dies in dem Belieben des Gatten, da er ja jeden Moment nur durch seinen Willen, diese oder jene Sache solle pro impensis ausscheiden, sie für sich erwerben konnte. Es bedurfte seines Einverständnisses, wenn die Frau die Sache wieder haben wollte. Das wurde nun anders, indem es während der Ehe in suspenso blieb, welche Dotal Sachen als ausgeschieden anzusehen seien. Es gehörte zwar dem Gatten ein Theil der Dotal Sachen; aber da nicht bestimmt war, welcher, konnte er sich nichts aneignen.

Schwierigkeiten hatte man nur, die Wirkung des Ersatzes zu erklären: Wieso kommt es, dass jener Theil, der nicht mehr zur dos gehört, jetzt wieder dos wird? Ist das ein Neuerwerb, auf den der Gatte eingehen muss, und ist es nicht richtiger, dass die dos gleich bleibe und mit der Geldsumme restituirt werde? <sup>1)</sup> Man half sich meines Erachtens damit, dass man sagte: Die/gezahlte pecunia schliesst sich der dos als Dotal Sache an. Es steht nun ganz in dem Belieben des Richters, welche Sachen er für die Impensen ausscheiden wolle; es ist bisher nichts weiter entschieden, als dass von der dos ein Quotient in dem Werthe des Aufwandes zurückzubehalten sei. Der Richter machte nun den Abzug an dem Gelde und die übrigen Dotal Sachen kamen daher unverkürzt zur Restitution. Wir können jetzt beurtheilen, was es heisst; die Dotal-

<sup>1)</sup> Hier liegt es sehr verführerisch, die Impensen als eine Schuld der dos zu betrachten, welche durch den Ersatz getilgt werde; aber abgesehen von schon Gesagtem könnten bei der Construction der Impensen als Schuld der dos die ipso jure eintretende Minderung und besonders die Nothwendigkeit der Anrechnung im Dotaljudicium nicht erklärt werden.

sachen hören infolge der Impensen nicht auf, dotal zu sein, sowie die scheinbar widersprechende Entscheidung, dass der überschüssige Theil der Dotal Sachen nach dem Impensenersatze in die rechtliche Stellung der dos — in causam dotis — wieder zurückkehre. Solange die Ausscheidung nicht vorgenommen ist, ist eine jede einzelne Dotal Sache der Rückstellung ausgesetzt, hat also dieses verbindende Merkmal der Dotal Sachen nicht verloren. Man kann daher keiner Sache den Charakter „dotal“ absprechen; <sup>1)</sup> diesen verliert sie erst, wenn es entschieden ist, dass sie nicht zur Zurückstellung kommt. Dagegen, was die Summe der Dotal Objecte betrifft, so ist es sicher, dass ein Theil zurückbleiben muss, da sie die dos überragen; dies wird nur durch den Impensenersatz vermieden, und jener ideale Quotient der Summe der Dotal Sachen, der von der Deduction bedroht war, wird von ihr frei, d. h. er fällt, wie die übrige dos, unter die Zurückstellung. Die eine Entscheidung bezieht sich also auf die einzelnen Dotal Sachen, deren Dotalcharakter in suspenso bleibt, die andere auf ihre Gesamtheit, von der allerdings ein Theil nicht mehr zur dos gehört.

Eine besondere Behandlung beansprucht der Fall, wenn die Impensen die Höhe der dos erreicht haben. Hier fällt der Grund des Veräußerungsverbotes weg: es bedarf keiner Auswahl der Compensation Objecte, da eben Alles zurückbehalten wird. Die dos ist null und keine der Sachen mehr dotal. Consequenterweise muss man also hier dem Gatten erlauben, diese vormaligen Dotal Objecte für sich zu verwenden; dies war auch jedenfalls, wie man aus der l. 56 §. 3 D 23, 3 schliessen kann, die Ansicht verschiedener Juristen. Dieses Resultat hatte aber den praktischen Uebelstand, dass der Frau die Möglichkeit des Ersatzes in diesem Falle genommen war. Diejenigen Juristen, welche diesen Gesichtspunkt in den Vordergrund rückten, darin die eigentliche Ursache erblickten, wesswegen dem Gatten eine Veräußerung vor dem judicium nicht zu gestatten sei, behandelten unseren Fall ganz gleich mit den übrigen: Verbot der Veräußerung, Möglichkeit des Ersatzes, wodurch die auf Null reducirte dos wieder wächst, daher bleibt auch der Dotalcharakter der Objecte in suspenso. Zwischen diesen beiden Anschauungen, deren Verschiedenheit in der Auffassung vom Grunde des Veräußerungsverbotes begründet ist, finden wir eine vermittelnde Entscheidung des Scaevola, ein Beweis, dass die Abweichung auf Erwägungen praktischer Natur beruhte, daher eine Abstufung zulässig.<sup>2)</sup>

Bei den Impensen verliert der Gatte etwas Körperliches, nämlich den Aufwand und tauscht dafür etwas Unkörperliches ein,

<sup>1)</sup> l. 4 §. 5 D 15, 1;

<sup>2)</sup> Dernburg findet den Grund der Entscheidung darin, dass Scaevola einen Verzicht der Frau angenommen habe. Auch Czychlarz S. 285 hält die Entscheidung nicht für logisch begründet.

nämlich den Anspruch auf Ersatz. Der Aufwand wird von dem Gatten nicht in der Absicht gemacht, dass er ihn wieder zurücknehme, sondern dass er der dos verbleibe und er selbst in anderer Weise schadlos gehalten werde. Der Gatte verliert daher jeden Anspruch auf den Aufwand in natura, der vielmehr vollständig der dos zuwächst. Er hebt sich von den Dotalsachen nicht als ein fremder Bestandtheil ab, sondern ist jetzt ebensogut dotal, als irgend ein anderer Theil. Die dos ist kleiner als die Dotalsachen, aber nicht um den körperlichen Aufwand, sondern um einen idealen Quotienten. Wenn daher auch der Aufwand wieder zugrunde geht, so wird dadurch der Anspruch des Gatten nicht berührt; der Unfall ereignet sich in den Dotalsachen so gut, als ob irgend eine von den ursprünglichen Sachen zugrunde gegangen wäre und trifft daher nur die dos. l. 4 D 25, 1.

### III.

Den Einfluss der Impensen auf die dos haben die Juristen durch den Satz: „impensae necessariae dotum ipso jure minuunt“ ausgedrückt.<sup>1)</sup> Nach dem Vorausgegangenen wird uns diese Rechtsparömie trotz ihrer Mehrdeutigkeit keine bedeutenden Schwierigkeiten mehr machen. Die erste Interpretation, welche sich aufdrängt, ist die: der nothwendige Aufwand mindert jedesmal die dos als Capital, da er die Sache nicht verbessert, sondern nur erhält; infolge dessen wird auch die correspondirende körperliche dos jedesmal vermindert. Damit würden wir aber der Natur der impensae necessariae nicht gerecht werden. Der nothwendige Aufwand führt nicht erst eine Verminderung der dos herbei, sondern diese ist schon früher vorhanden, und er bewirkt vielmehr ein Wachsen der dos; denn die Dotalobjecte sind nach seiner Anbringung mehr werth als vorher und zwar gerade um die Höhe der Impensen. Das Gleichgewicht zwischen Ausgabe und Werthsteigerung ist hier ebenso gut vorhanden, als bei dem bloß nützlichen Aufwand, der Unterschied liegt nur in der zwingenden Veranlassung.

Allerdings ist es richtig, dass bei dem nothwendigen Aufwande mit Rücksicht auf den ursprünglichen Stand der dos eine Verminderung vorliegt, aber daran ist bei unserer Parömie nicht gedacht, wie das „ipso jure“ beweist, welches auf eine erst durch den Aufwand eintretende momentane Veränderung hinzielt. Wir müssen also nach einer anderen Erklärung suchen: Unser Satz bezieht sich gar nicht auf die dos als Capital, sondern nur auf die Summe der Dotalsachen, welche bis zur Anbringung des Aufwandes die dos körperlich darstellen und kurzweg dos genannt werden. In dem Momente des vollbrachten Aufwandes ändert sich

<sup>1)</sup> Vgl. die Erklärung von Czychlarz S. 281.



dies, indem man jetzt von der Summe der Dotal Sachen den Aufwand abziehen muss, um die dos zu erhalten. Mit der Rechtsparömie wollte man also ausdrücken, dass die Impensae necessariae die dos unter den Umfang der Dotal Sachen herabdrücken; diese Differenz war von Wichtigkeit und der Ausgangspunkt für weitere Schlussfolgerungen, z. B. für die l. 5 §. 2 D 23, 4. Der Ton liegt aber in der Parömie auf dem „ipso jure“; damit wird erst die besondere Stellung der Impensen bei der dos begründet. Ein Vergleich mit den Impensen bei der hereditas lässt dies klar hervortreten. Im Falle von Impensen auf eine Erbschaft wächst die hereditas in ihren Activen und wird dafür mit einem Passivum belastet. Auch bei der dos wäre eine solche Construction denkbar gewesen; durch den Aufwand erfährt die dos eine Vermehrung ihres Activstandes, zugleich entsteht aber die Deductionsforderung des Gatten und bei dem Dotaljudicium wird die Liquidation vollzogen.

Die römischen Juristen haben nicht so entschieden. Davon ausgehend, dass die dos keine juristische Person, sondern ein Capital ist, dem eine materielle Fülle entspricht, waren sie der Ansicht, dass die dos keine Passiven aufnehmen könne,<sup>1)</sup> sondern, dass ein jeder Gegenanspruch die Höhe des Capitals und damit die körperliche dos unmittelbar beeinflusse. Die Impensen sind nicht erst wie bei der hereditas später einmal von der dos abzuziehen, sondern die dos sinkt sofort um ihren Betrag unter den Umfang der Dotal Sachen.

Diese Regel gilt nicht nur für die necessariae, sondern ebensogut für alle übrigen Impensen; dass sich in unserer Parömie nur die necessariae erwähnt finden, erklärt sich aus dem Alter des Rechtssatzes, dessen Entstehung wahrscheinlich schon in die Anfänge der Lehre von den Dotalimpensen fällt; damals aber und durch eine geraume Zeit wurde nur für die impensae necessariae ein Ersatzanspruch gegeben, die utiles und voluptariae dagegen wurden gar nicht berücksichtigt.

Der Umstand, dass nach den Impensen ein Theil der Dotal-Objecte ausserhalb der dos steht, hat die Entscheidung in l. 5 §. 2 D 23, 4 zur unmittelbaren Consequenz:

Et si convenerit, ne ob impensas necessarias ageretur, pactum non est servandum, quia tales impensae dotem ipso jure minuunt.

Der Richter kann nicht die Summe der Objecte als dos ansehen, da die letztere eben kleiner ist. Wären die Impensen ein Passivum der dos, so könnte auf ihre einstweilige Geltendmachung verzichtet werden. So ist aber die Berücksichtigung der Impensen bei dem Dotaljudicium eine unvermeidliche; es handelt sich nicht um eine einzuwendende Gegenforderung, hinsichtlich

<sup>1)</sup> Dernburg S. 113: die dos bilde sich wie jedes Vermögen aus Activ- und Passivbeständen; zu den letzteren gehörten die impensae necessariae. Vgl. S. 120.

deren ein pactum de non agendo vereinbart werden konnte, sondern der Richter kann die Grösse der dos nicht bestimmen, wenn er die eingetretene Minderung nicht berücksichtigt.<sup>1)</sup> Dagegen konnte der Gatte allerdings auf seine Impensen gänzlich verzichten und der Frau den ausgeschiedenen Theil der dos zu der übrigen dos schenken; damit vermehrte er jene und sie kam ohne Abzug zur Restitution. Während der Ehe ist eine solche Schenkung allerdings ungiltig, aber nach deren Auflösung ohneweiters zulässig. l. 20 pr. D 23, 4 von Paulus.

Ob res quoque donatas vel amotas vel impensas factas tunc facta pactio valebit, id est post divortium.

#### IV.

Die Hauptquelle für die bisherige Darstellung ist die l. 56 §. 3 D 23, 3 von Paulus.

Quod dicitur, necessarias impensas ipse jure dotem minuere, non eo pertinet, ut, si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse Scaevola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia et fundus in dote sint et necessariae impensae in fundum factae, Nerva ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo si mulier impensas marito solverit, utrum crescet dos an ex integro data videbitur? Cuius rei manifestior iniquitas in fundo est secundum Scaevolae nostri sententiam: nam si desinit dotalis esse, poterit alienari: rursus quemadmodum poterit fieri dotalis data pecuniâ? an jam pecunia in dote esse videbitur? et magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi inhibeat.

Man behauptet gewöhnlich, dass der Schlussatz nicht die Ansicht des Paulus enthalte; Paulus referire nur eine fremde Anschauung, nämlich die des Scaevola. Aber dieser gerade ist es, welcher dem Gatten die freie Disposition über den fundus einräumt und Paulus ist es, welcher die Veräusserungsbefugniß unter Anführung von Gründen verwirft und der Frau den Impensenersatz vorbehält. In dem Schlussatz drückt Paulus gerade seine Auffassung im Gegensatze zu der des Scaevola aus.

Man wollte dies nur desswegen nicht anerkennen, weil man allgemein dem Paulus, gestützt auf den Anfangssatz unserer Stelle die Anschauung zuschreibt, dass die Dotalimpensen nur zu einer

<sup>1)</sup> Czyhlarz S. 282 Anm. 2 findet den Grund für die Unzulässigkeit des pactum darin, dass dadurch der durch einen Rechtssatz festgesetzte Inhalt der dos geändert würde; die Nothwendigkeit sei keine logische, sondern eine positiv-rechtliche.

zeitweisen Retention führen.<sup>1)</sup> Das Wort „retentio“ kann <sup>ab.</sup> beide Bedeutungen, des einstweiligen Zurückbehaltens und des definitiven Abzuges haben. Welche Bedeutung Paulus versteht, zeigt uns schon ein Vergleich mit der l. 8 D 25, 1, wo Paulus hinsichtlich der Anrechnung der impensae utiles den Ausdruck „deducere“ gebraucht, den technischen terminus für das definitive Zurückbehalten im Gegensatz zur Retention. Aber auch in dem Wortlaute des fraglichen Satzes finden wir Anhaltspunkte für unsere Interpretation, die übrigens durch das ganze System des Paulus nachgewiesen wird; es ist hervorgehoben, dass der Gatte entweder einen Theil des fundus oder den ganzen retiniren könne. Handelte es sich um eine zeitweise Retention der dos, so wäre die Unterscheidung banal; denn es versteht sich von selbst, dass sich der Gatte auch auf die Zurückbehaltung eines Theiles beschränken kann. Vom Gesichtspunkte der deductio dagegen ist die Hervorhebung, dass die allgemeine Regel, welche in dem Satze ausgesprochen ist, auch dann gilt, wenn der ganze fundus für die Impensen aufgeht, mit Rücksicht auf die nachfolgende Dissidenz des Scaevola angemessen. In der ganzen Stelle sind nicht die deductio und die retentio in ihrer verschiedenen Anwendung bei der Dotalklage zu einander in Gegensatz gestellt, sondern die sofortige deductio und jene aufgeschobene, bei welcher der Frau die Möglichkeit der Einlösung durch den Ersatz bleibt. Die letztere wird von Paulus vertheidigt und die erstere als unthunlich nachgewiesen. Dies geschieht an der Entscheidung des Scaevola, dass der Gatte das Dotalgrundstück dann schon während der Ehe veräußern kann, wenn die Impensen den Werth des Grundes erreichen, und die Frau nicht innerhalb eines Jahres, nachdem diese Höhe erreicht ist, freiwillig — (einer vorhergehenden Mahnung bedarf es nicht) — die Impensen bezahlt. Paulus schliesst sodann die Entscheidung des Nerva an: „Wenn ausser dem Grundstück auch Geld in der dos ist, sind die Impensen von letzterem abzuziehen“. Das war nicht etwas Selbstverständliches, sondern es bedurfte einer positiven Bestimmung, da die Deduction an jeder Sache vollzogen werden konnte.

Eine weitere Frage ist die nach dem Einflusse des Impensenersatzes auf die Grösse der dos. Paulus stellt die Frage mit den Worten: Utrum crescet dos, an ex integro data videbitur? Man hat dies dahin übersetzt: „ob die dos wächst oder in den früheren Stand gebracht scheint“. Diese Interpretation ist aber, abgesehen von dem stylistischen Zwange, nach der bisherigen Darstellung nicht passend. Bei den impensae necessariae ist Beides zugleich der Fall: die dos wächst und wird dadurch auf die frühere Höhe gebracht; bei den utiles dagegen fehlt es an einem früheren Stand, der zu erreichen wäre. Die richtige Interpretation hat vielmehr

<sup>1)</sup> Dernburg S. 137. Czychlarz S. 285.

Dernburg gegeben: „ob die dos wächst oder ob von Neuem eine dos bestellt scheint“. Das war eine Frage, die sich Paulus allerdings stellen musste, weil sie in seinem System einen wichtigen Punkt betraf. Ihre Lösung ist nach dem Früheren schon gegeben. Paulus konnte nur ein Wachsen der dos annehmen, weil nur dadurch die Vermeidung der deductio an den übrigen Dotal Sachen erklärt wurde. Wäre der Ersatz eine neue dos für sich, so hätte der Richter die Deduction an der alten dos vornehmen müssen; denn hier war die Differenz zwischen dos und Dotal Sachen gegeben. Allerdings haben wir diesbezüglich keine ausdrückliche Entscheidung von Paulus. Er fand es entweder nicht für nothwendig, auf seine Frage eine Antwort zu ertheilen, oder dieselbe wurde von den Compilatoren, vielleicht mit Rücksicht auf die l. 5 §. 1 D 25, 1 weggelassen. Aber aus der unmittelbar folgenden Behandlung der Entscheidung des Scaevola können wir seine Ansicht entnehmen. Der Grund, wesswegen er jene verwirft, ist der, dass der Ersatz Mangels einer vorhandenen dos nicht dotal werden werden kann. „Sollte man also etwa annehmen, dass schon die Geldsumme für sich allein die dos sei?“ Dies scheint ihm offenbar ganz inacceptable, denn er verwirft sofort die ganze Entscheidung. Sein Standpunkt ist also: die dos wächst durch den Ersatz.

Was die Anrechnung der Impensen nach ihrer Qualität als necessariae, utiles und voluptariae betrifft, so ist Vieles schon im ersten Capitel berührt worden. Die necessariae kamen jedesmal zur Anrechnung, die utiles in früherer Zeit überhaupt nicht, später nur mit der Beschränkung, dass das Einverständniss oder die Genehmigung der Frau vorliege. Aus den voluptariae endlich entsprang keine Impensenforderung; auch hier hatten es die Parteien nicht in ihrer Gewalt, die Anrechnung im Dotaljudicium zu beeinflussen. Auch wenn die voluptariae mit Willen der Frau gemacht wurden, so konnten sie, wie Aristo in der l. 11 pr. D 25, 1 entscheidet, vom Richter bei der Bestimmung der dos nicht in Anschlag gebracht werden. Allerdings kann man einwenden: die voluptariae verschaffen ebenfalls eine Bereicherung, und nur, um den Kläger nicht zu belasten, wird der Ersatz nicht gefordert; wenn aber diese Rücksicht wegfällt, soll man keinen Unterschied gegen die übrigen Impensen machen. Aber wie schon erwähnt wurde, war in früherer Zeit die Bestimmung über die Anrechnung der Impensen eine starre und schmiegte sich dem einzelnen Falle nicht an. So galt auch die Bestimmung, dass die voluptariae nicht angerechnet werden sollen, rundweg ohne Rücksicht auf subjective Verhältnisse. Ein Anspruch des Gatten auf Bezahlung der Impensen beruhte daher einzig auf dem Verträge; gegen die dos war er nicht gerichtet, sondern gegen die Frau. Desswegen musste er ausserhalb des Dotaljudiciums geltend gemacht werden. Hinsichtlich der Anrechnung der voluptariae war Paulus einer Ansicht mit Aristo. Dies folgt schon aus dem Umstande,

dass er in der l. 10 D 25, 1 zwischen den *utiles* und den *voluptariae* überhaupt einen Unterschied macht. Offenbar hat die Stelle den Zweck, einer Reihe von *Impensen* durch Einreihung unter die *utiles* eine erhöhte Anrechenbarkeit zu verschaffen, die sie nicht besässen, wenn man sie als *voluptariae* ansähe. Nachdem nun die *utiles* nur dann nach Paulus zur Anrechnung kommen, wenn sie dem Willen der Frau entsprechen, so bleibt für die *voluptariae*, welche in geringerem Masse berücksichtigenswerth sind, nur der eine Unterschied übrig: Sie können nicht einmal, wenn sie dem Willen der Frau entsprechen, zur Anrechnung gebracht werden.

## V.

Die Gründe, welche zu der uns bekannten Formel der *Dotal*-klage führten, fielen in dem Masse weg, als der *Dotalanspruch* von einem unbestimmten zu einem genau fixirten wurde, die Aufgabe des Richters von einer arbiträren Bemessung der *dos* zu einer blossen Zuerkennung herabsank. Die *dos* wurde jedesmal und in ihrem ganzen Umfange, abgesehen von einigen *Retentionsfällen*, restituirt, der Gatte war ferner zu Veränderungen in der *dos* nicht berechtigt. Die letztere Regel ist allerdings nur in der l. 50 D 24, 3 mit Schärfe ausgesprochen: *respondi res quae exstant, si neque volente neque ratum habente muliere venissent, perinde reddendas, atque si nulla aestimatio intervenisset*. Aus einer Reihe von anderen Stellen kann wenigstens darauf geschlossen werden: l. 25 D 23, 3; l. 26 und 27 D 23, 3; l. 21 D 23, 4; l. 22 §. 13 D 24, 3; D 25 §. 1 D 24, 3. Wenn der Gatte aus dem Erlöse einer *Dotal*sache eine neue anschafft, so wird sie nur dann gleich den übrigen *dotal* und kommt mit ihnen zur Rückstellung, wenn die Frau einverstanden ist;<sup>1)</sup> sonst muss der Gatte für die fehlende ursprüngliche *Dotal*sache das Interesse ersetzen.

Durch die dargestellten Veränderungen, welche jedenfalls schon frühe vor sich gingen, waren die inneren Gründe, welche eine *intentio incerta* der *Dotal*klage nothwendig gemacht hatten, hinweggefallen. Eine *intentio certa*, durch welche der Richter bloss angewiesen wird, zu untersuchen, ob die *res dotales* der *N. N.* zurückzugeben seien, und sie ihr in diesem Falle sammt *Accessionen*, respective den Ersatz zuzusprechen, hätte den factischen Verhältnissen viel besser entsprochen.

Trotzdem lässt sich nach den vorhandenen Quellenstellen nicht behaupten, dass die Römer die Formel später geändert haben.<sup>2)</sup> Die alte Formel war zwar nicht mehr passend, aber es liess sich mit ihr bei einer entsprechenden Anweisung des Richters

<sup>1)</sup> Anders noch Gaius in dem l. 54 D 23, 3.

<sup>2)</sup> Die *exceptio doli propter impensas* in der l. 19, §. 1 D 24, 1 bietet keinen zwingenden Beweis.

durch die theoretische Jurisprudenz auskommen, und sie bot überdies den Vortheil, dass man Schenkungen und dotalrechtliche Retentionen auch berücksichtigen konnte. Während aber Paulus sich an die Formel klammert und seine Theorie der Impensen so gestaltet, als ob thatsächlich der Richter die dos erst auszumessen hätte, trägt Ulpian den veränderten Verhältnissen Rechnung und entscheidet bei der Dotalklage trotz der veralteten Formel nicht anders als z. B. bei der rei vindicatio, actio commodati, depositi etc., kurz wie bei einem jeden Anspruch auf Restitution bestimmter Objecte.

Nach seiner Anschauung kommt es wegen der auf die Dotalsachen gemachten Impensen nur zu einer einstweiligen Retention, bis die Frau den Ersatz geleistet hat. Hätte der Richter die dos auszumessen, so wäre die Deduction das einzig Richtige gewesen, wie auch Ulpian bei der hereditas und bei dem peculium eine gegen diese gerichtete Forderung immer zur deductio führen lässt.<sup>1)</sup> Aus ihrer Zurückweisung ergibt sich bereits, dass Ulpian eine abweichende Auffassung hinsichtlich der Dotalklage haben musste. Zu erklären ist jedoch, inwiefern gerade die Retention wegen der Impensen bei einem bestimmten Restitutionsanspruch gerechtfertigt und nothwendig ist.

Der Grund des Impensenersatzes ist bekanntlich die Bereicherung. Dieselbe ist aber mit der Anbringung des Aufwandes noch nicht gegeben; solange der Verwender von dem Aufwande allein den Nutzen hat, kann man nicht sagen, er sei geschädigt, noch auch, der Eigenthümer sei bereichert. Das tritt erst ein, wenn die Sache, welcher der Aufwand zugute gekommen ist, aus dem Besitze des Verwenders in den des Eigenthümers gelangt. Geschieht dies überhaupt nicht, so war auch der Eigenthümer nie bereichert.<sup>2)</sup> Wird nun auf die Herausgabe einer Sache geklagt, auf die ein Aufwand gemacht wurde, so befindet sich der Richter vor einer Schwierigkeit. Wenn er dem Geklagten die Herausgabe der Sache aufträgt, so wird gerade dadurch die Bereicherung des Gegners und der Verlust des Angeklagten bewirkt; das darf nicht sein, das Urtheil kann nicht selbst einen rechtswidrigen Zustand erzeugen, der wieder der Correctur durch eine Klage bedarf. Um dies zu vermeiden und andererseits den an dem Hinderniss unschuldigen Kläger nicht abweisen zu müssen, verfiel man auf das Mittel der Retention. Der Kläger sollte anticipando die Bereicherung herausgeben und dann erst die Sache erhalten. Die Retention war also eine Prävention gegen die sonst eintretende Bereicherung. Daraus ergibt sich, dass immer nur diejenige Sache retinirt wurde,

<sup>1)</sup> l. 34, §. 3 D 5, 3; 6 pr. D. 33, 8; l. 8 pr. D 33, 8; anderer Auffassung Dernburg S. 122 u. f.

<sup>2)</sup> Man weise nicht auf die l. 38 D 5, 3 hin; diese Entscheidung ist durch die juristische Natur der hereditas bedingt, die Ansicht des Paulus in der l. 4, D 25, 1 ist schon früher erklärt worden.

welche den Aufwand trug, durch deren Herausgabe also die Bereicherung in das Vermögen des Klägers gekommen wäre. Auf die dos angewendet heisst dies: dass wegen eines auf einzelne Sachen gemachten Aufwandes weder die ganze dos retinirt werden konnte — die Retention ist kein willkürlich gewähltes Executivmittel zur Einbringung des Ersatzes, sondern logisch begründet — noch überhaupt eine andere Sache, als jene mit dem Aufwande.

Auch die Frage, ob die Berücksichtigung der Impensen eine nothwendige ist, muss jetzt anders beantwortet werden, als nach der alten Theorie. Sie ist nicht mehr zur Bestimmung der dos nothwendig, sondern geschieht nur, um den Schaden des Geklagten zu vermeiden.) Nach der alten Theorie ist der Richter dazu, auch ohne Rücksicht auf den Geklagten, schon durch den Klagsanspruch genöthigt, jetzt wird er es nur durch die Rücksicht auf den Geklagten. Mit einem Worte: Bei Ulpian ist die Berücksichtigung der Impensen nicht eine logisch nothwendige, sondern erfolgt über Einwand des Geklagten. Daher kann auch auf ihre einstweilige Geltendmachung von dem Geklagten ohneweiters verzichtet werden.

Die Hauptquelle für Ulpian ist die l. 5, D 25, 1. Quod dicitur impensas necessariās dotem minuere, sic erit accipiendum, ut et Pomponius ait, non ut ipsae res corporaliter deminuantur, ut puta fundus vel quodcumque aliud corpus: etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. ceterum haec efficit desinere esse fundum dotalem vel partem eius. manebit igitur maritus in rerum detentionem donec ei satis fiat: non enim ipso jure corporum sed dotis fit deminutio . . . .

Wir entnehmen aus dem Citate, in welcher Weise Ulpian die ältere Theorie bekämpfte. Zuerst galt es, zu der Rechtsparömie: „impensae necessariae dotem ipso jure minuunt“ Stellung zu nehmen. Ulpian nimmt das Wort dos in der Bedeutung als Capital und versteht daher den ganzen Satz dahin, dass die nothwendigen Impensen das Capital — mit Bezug auf die ursprüngliche Höhe — mindern. Das ist ganz richtig; nur sind bei dieser Auslegung die Worte: ipso jure in der Parömie ganz überflüssig und nur störend. Ulpian lässt sie auch am Anfange der angeführten Stelle ganz weg und führt dann später den Fall an, in welchem er sie allein für passend hält. Er eliminirt also aus dem Rechtsätze gerade dasjenige, was seine Bedeutung ausmachte, dessentwegen er geschaffen wurde. Nach der Auslegung des Ulpian hat die Rechtsparömie für das Dotaljudicium gar keine Bedeutung mehr; trotzdem hat sie Ulpian nicht ganz verworfen, sondern in einer harmlosen Auslegung beibehalten. Wahrscheinlich wollte er seiner eigenen Theorie das Eindringen in die Praxis erleichtern,

) Vgl. l. 5, §. 2 D 25, 1, „si dos tota soluta sit — quod pro impensis necessariis compensari solet.“

indem er eingewurzelte Rechtsgrundsätze nicht einfach negirte, sondern seiner Theorie anpasste; vielleicht auch wollte er an den früheren Rechtsgrundsätzen die Verschiedenheit seiner eigenen Anschauungen schärfer hervortreten lassen.

Nicht ganz klar ist die Bedeutung des Satzes: *Ceterum haec efficit . . . .* Vermuthlich zielt er gegen Paulus und will sagen: Wenn man schon annimmt, dass die *corpora* durch die *Impensen ipso jure* gemindert werden, dann muss man auch sagen, dass der *fundus* oder ein Theil desselben aufhört, *dotal* zu sein, d. h. es ist consequent dann die Veräußerung dieses Theiles zu gestatten.<sup>1)</sup>

l. 5 pr. D 25, 1. *Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipse jure fieri? Ubi non sunt corpora, sed pecunia; nam in pecunia ratio admittit, deminutionem fieri.*

Wenn sich Geld in der *dos* befindet und auf dasselbe notwendige Ausgaben gemacht wurden, so kommt es nicht zu einer Retention, sondern die *dos* wird *ipso jure* gemindert. Das erklärt sich einfach aus der Compensation, welche zwischen dem Ansprüche der Frau und der gleichartigen Gegenforderung des Mannes stattfindet.

Ulpian stellt die Frage, in welchen Fällen die *dos ipso jure* gemindert werde, und er antwortet darauf: „Dann wenn sich nicht *corpora* in der *dos* befinden, sondern eine Geldsumme“, also nicht auch dann, wenn nebst dem Gelde auch *corpora* in *dote* sind.<sup>2)</sup> Meines Erachtens ist das ein zwingender Beweis dafür, dass die Retention nur gegen jene Sachen stattfindet, welche den Aufwand tragen, sonst würden die *Impensen* immer von der *pecunia* abgezogen werden, respective dieser Abzug würde *ipso jure* eintreten. Wir haben es also hier mit einem Gegensatz zu der Entscheidung des Nerva in der l. 56 §. 3 D 23, 3 zu thun. Eine Nachlässigkeit im Style lässt sich nicht annehmen; wäre der Gedanke des Ulpian gewesen: „wenn nicht nur *corpora*, sondern auch Geld in der *dos* ist“ so wäre ihm das *non solum sed etiam* sicherlich nicht entfallen. Er hätte auch mit Hinweglassung des Vordersatzes einfach antworten können: *ubi est pecunia*. Aber in dieser Form lässt der Satz keinen anderen Schluss als den obigen zu. Damit harmonirt, dass Ulpian von einer *detentatio rerum* und nicht *dotis* spricht (— kein blosser Zufall<sup>3)</sup>)— sowie dass er mit besonderem Nachdrucke — (auch in der l. 1 §. 2 D 25, 1)— betont, dass nur die auf die *dos* gemachten *Impensen* dieselben mindern. Da nämlich die *Impensen* sich nach Ulpian als ein Gegenanspruch darstellen, so hätte man auf den Gedanken gerathen können, dass auch andere Gegenforderungen des Gatten zur Retention gegenüber der *Dotalklage*

<sup>1)</sup> Anders Dernburg S. 131.

<sup>2)</sup> Im entgegengesetzten Sinne interpretirte Dernburg S. 132.

<sup>3)</sup> Vgl. l. 31, §. 2 D, 24, 1 von Pomponius: . . . retentionem impensae mulierem facturam.



gebraucht werden können. Ulpian weist dies zurück; hier fehlt es an dem inneren Grunde der Retention. —

l. 5, §. 1 D 25, 1. Sed si impensis necessariis mulier satisfecerit, utrum dos crescat an vero dicimus, ex integro videri dotem? et ego, ubi pecunia est, non dubito, dotem videri crevisse. J. D. M.

Wenn die Frau die Impensen bezahlt, so hat sie entweder die Absicht, die dos dauernd zu vermehren, oder sie zahlt nur gezwungenerweise, um ihre Sachen auszulösen. In diesem letzteren Falle wird die dos nicht vermehrt, da die Frau nicht angehalten werden kann, den zu ehelichen Zwecken ausgeworfenen Betrag zu erhöhen; sie will sich aus den Dotalsachen das Ausgelegte wieder ersetzen. Wenn daher später einmal die Grösse der dos bestimmt werden muss, werden die Impensen in Abzug kommen. Das Entgegengesetzte gilt für den Fall, dass die Frau die dos vermehren will. Ulpian stellt nun die Frage mit den Worten: Wird die dos wachsen oder wird es nur infolge des unverminderten Bestandes der Dotalobjecte —(ex integro)— so ausschauen, als ob das Alles dos sei — während sie in Wahrheit kleiner ist. 2/

Ulpian entscheidet sich im ersteren Sinne, wenn sich die Retention an der dos ipso jure vollzieht; hier kann die Frau mit dem Ersatze kaum eine andere Absicht haben, als die dos zu vermehren. Immerhin ist dies aber noch quaestio facti, wesswegen Ulpian den vorsichtigen Ausdruck „videri“ festhält; es spricht nur die Wahrscheinlichkeit. In dem Falle dagegen, wenn es wegen der Impensen zur Retention an den Dotalsachen kommen soll, lässt sich hinsichtlich der Absicht der Frau beim Ersatze gar keine Vermuthung aussprechen; daher lässt Ulpian die Frage in diesem Falle offen.

Die Interpretation des Citates ist nichts weniger als unbestritten, die hier gegebene bisher noch nicht versucht. Dernburg schaltet nach „ex integro“ ein „data“ ein und übersetzt: „oder ob von Neuem eine dos gegeben scheint“. Czychlarz hat darauf hingewiesen, dass bei dieser Interpretation Ulpian gerade dann, wenn sich Geld in der dos befindet und sich daher die Deduction ipso jure vollzogen hat, von einer Neubestellung der dos sprechen müsste, während er gerade hier ein Wachsen der dos annimmt. Es lag allerdings sehr verführerisch, die Stelle ebenso wie in l. 56, §. 3 D 23, 3 zu übersetzen, da es scheint, dass Ulpian eine schwebende Tagesfrage aufgegriffen habe, um ebenfalls darüber sein Urtheil abzugeben. Aber Ulpian geht hier gerade so vor wie bei der Rechtsparömie. Er lässt die alte, bekannte Formel nicht ganz fallen, aber er nimmt an ihr eine kleine Aenderung vor und passt sie sodann mit einer ganz verschiedenen Auslegung seiner eigenen Theorie an. Wie dort das „ipso jure“ ist hier das „data“ das Opfer dieser Veränderung. Die ganze Frage diene ursprünglich dazu, um die Vermeidung der Deduction bei Ersatz zu er- / not.

klären; in dieser Bedeutung ist sie aber für Ulpian werthlos, daher greift er zu einer anderen Auslegung. Die Annahme, dass das Wort „data“ bloss vergessen worden sei, ist nicht gerechtfertigt, wenn sich auch ohnedies ein vernünftiger Sinn ergibt.

Es wurde oben gesagt, dass die Frau zu dem zu ehelichen Zwecken ausgeworfenen Beiträge keinen neuen Zuschuss zu geben braucht, sondern dass sie den Impensenersatz auf Rechnung der dos auslegen könne. Hiebei zeigt sich zwischen den impensae necessariae und utiles infolge ihrer verschiedenen ökonomischen Natur ein Unterschied. Die ersteren dienen, nach dem Umfange, welchen ihnen Ulpian gibt, lediglich der Erhaltung der dos; hier bedeutet die Zahlung jedesmal ein in die Sache hineingestecktes Capital, also einen Verlust; desswegen mindern die necessariae das Capital der dos, gleichgiltig ob sie während der Ehe vom Gatten oder nach ihrer Auflösung von der Frau selbst angebracht werden.

l. 1 §. 5 D 37, 7. Cum dos confertur, impensarum necessaria-  
rum fit detractio, ceterarum non.

Bei den utiles dagegen entspricht der Zahlung ein gleich grosser Gewinn; es tritt kein Verlust von Capital ein, der Austausch vollzieht sich gewissermassen über der dos, ohne sie zu berühren; daher bilden sie bei einer späteren Bestimmung der dos keinen Subtractionsposten von der ursprünglichen Höhe des Capitals.

l. 7 D 25, 1. Quarum utiles non quidem minuunt ipso jure dotem, verum tamen habent exactionem.

Hinsichtlich der Anrechenbarkeit der Impensen sei nur bemerkt, dass Ulpian die necessariae, utiles und voluptariae nach im 1. Capitel auseinandergesetzten Grundsätzen in gleicher Weise zur Anrechnung kommen lässt, und dass im Falle der Ersatz nicht gefordert werden kann, bei dem separablen Aufwande das tollere zu gestatten ist.

#### IVT

23) In der Zeit nach Ulpian erfuhr die Lehre von den Dotalimpensen eine Veränderung durch die Tendenz, die Impensen von der Anrechnung im Dotaljudicium loszulösen und klagbar, also selbstständig zu machen. Die allgemeine Anschauung geht dahin, dass eine Klage für die Impensen erst durch Justinian in der l. 1 §. 5 C V 13 gegeben worden sei, aber die l. 5 D 33, 4 von Marcian, dessen Zeit etwas nach Ulpian liegt, lässt meines Erachtens keinen Zweifel darüber, dass dies schon damals der Fall war.

„Dote relegata non est heres audiendus, si velit ob donationes in mulierem factas solutionem differre vel ob impensas alias, quam quae ipso jure dotem minuunt: aliud est enim minorem esse factam dotem, quod per necessarias impensas accidit, aliud pignoris

nomine retineri dotem ob ea, quae mulierem invicem praestare aequum est.

Da Marcian den Ersatz der impensae utiles für billig, also nothwendig erklärt, ihre Anrechnung im Dotajudicium aber verwirft, so bleibt gar kein anderer Ausweg, als dass er eine Klage darauf nach dem judicium zugibt. Man kam also, indem man eine Klage zuliess, von der Nothwendigkeit der Berücksichtigung der Impensen im Dotajudicium ab,<sup>1)</sup> aber allerdings nur theilweise. Bei den impensae necessariae nahm man diese Nothwendigkeit noch immer an, nur bei den utiles wagte man den Schritt, sie auf den Klageweg zu verweisen. Man kann in dieser verschiedenen Behandlung der necessariae und utiles eine Inconsequenz finden; sowohl nach der älteren Theorie als auch nach der des Ulpian stehen die necessariae und utiles ganz gleich, indem bei beiden entweder die Differenz zwischen dos und Dotalsachen oder die zu vermeidende Bereicherung des Klägers in gleicher Weise vorhanden, somit die Nothwendigkeit einer Remedur durch den Richter gegeben ist. Wenn man schon diese Nothwendigkeit nicht mehr anerkannte, wie so kam man dazu, die necessariae und die utiles verschieden zu behandeln? Die l. 1 §. 5 CV 13; §. 37 JIV 66 und l. 5 D 33, 4 antworten darauf übereinstimmend: weil die dos durch die impensae necessariae ipso jure gemindert wird. Meines Erachtens war der Gedankengang folgender:

Die Bereicherung ist allerdings bei den necessariae und den utiles in gleicher Weise gegeben. Ein Unterschied ist aber bei dem richterlichen Auftrage, dem „reddite dotem“. Der Richter befiehlt die Rückstellung der dos, respective der Dotalsachen, so wie sie bestellt wurden. Beharrt er ungeachtet des Hinweises auf die necessariae auf diesem Auftrage, so verlangt er zu viel. Thut er dasselbe bei den utiles, so verlangt er nur, was gebührt, und der Gatte ist es, der mehr leistet, als von ihm gefordert wird. Einmal liegt der Fehler auf Seiten des Richters, im Auftrage, das anderemal auf Seiten des Geklagten, in der Leistung. Das erstere darf nicht geschehen, daher Berücksichtigung der Impensen im judicium; leistet dagegen die Partei mehr als sie soll, dann kann man sie mit ihren Ersatzansprüchen auf den Klageweg verweisen.<sup>2)</sup>

In der Art, wie die necessariae vom Richter berücksichtigt werden sollten, zeigt sich zwischen Marcian und Justinian ein Unterschied. Ersterer entscheidet sich für die Retention, folgt also Ulpian; das beweist der Passus „solutionem differre“. Justinian dagegen ist für die Deduction. Das beweist der Anfangssatz der l. 1 §. 5, CV. 13, in welcher er die retentio überhaupt als überflüssig erklärt, besonders der Ausdruck: „necessariae minuunt dotis

<sup>1)</sup> Diese war auch nicht mehr vorhanden, wenn dem Gatten sofort mit dem Aufwande auch schon eine Klage zu Gebote stand.

<sup>2)</sup> Anders Dernburg S. 109.

quantitates“, der sich offenbar nicht auf die dos als universitas, sondern auf die Dotal Sachen, das körperliche Ausmass bezieht. Ueberhaupt folgt Justinian den Responsen des Paulus. Er sagt von den utiles, sie seien nur dann berücksichtigt worden, wenn sie mit Willen der Frau gemacht waren, entsprechend der l. 8 D 25, 1 von Paulus. Nur versteht er den Juristen insoferne falsch, als er daraus schliesst: der Impensenanspruch entspringe gar nicht ex re, sondern ex voluntate, während er nach der Theorie des Paulus allerdings ex re entspringt und nur durch die Bedingung des Einverständnisses beschränkt wird. Hinsichtlich der voluptariae endlich entscheidet Justinian wie Aristo, mit dem ja, wie wir gesehen haben, auch Paulus übereingestimmt haben muss; sie werden nicht einmal dann angerechnet, wenn sie mit Willen der Frau gemacht sind.

## VII.

Wenn der Gatte die Deduction oder Retention versäumt hat, entsteht die Frage, ob ihm eine *condictio indebiti* gegeben werden soll. Nach der Deductionstheorie konnte dies nicht zweifelhaft sein: der Richter hat die dos zu hoch bemessen, ein Quotient der rückgestellten Sachen ist gar nicht dotal, es liegt also offenbar ein *indebite solutum* vor und die Gewährung einer *condictio indebiti* mit einer *intentio incerta* zur Schätzung des Aufwandes ist nothwendig. Das Vorkommen einer *intentio incerta* in einer *condictio* erregte schon längst keinerlei Bedenken mehr. Paulus selbst gibt in der l. 65 D 12, 6 Beispiele von *condictiones indebiti*, bei denen eine Schätzung durch den Richter vorgenommen werden muss. Vgl. l. 26 §. 12 D 12, 6.

Auf grössere Schwierigkeiten stiessen dagegen jene Juristen, welche sich bei den Dotalimpensen für die Retention entschieden. Es war eine höchst umstrittene Frage, ob nach der Versäumung irgend eines Retentionsrechtes die *condictio indebiti* zuzulassen sei. Wir können diesbezüglich den Kampf zweier Anschauungen und den Durchbruch der neueren und freieren Auffassung in den Quellen verfolgen. In der l. 33 D 12, 6 von Julian ist die alte Lehrmeinung wiedergegeben: Wer als *bona fide possessor* eines zu einer Erbschaft gehörigen Hauses dasselbe stützt, kann auf keine andere Weise, als durch Retention seinen Aufwand ersetzt erhalten. Begründet wird dies damit, dass der Kläger nichts erhält, was nicht schon sein Eigenthum ist, daher ein *indebitum* nicht vorliege. Damit referirt jedoch Julian nur die herrschende Lehre, der er selbst nicht beitrifft;<sup>1)</sup> seine eigene Auffassung drückt er in der l. 60 D 30 in einem ganz analogen Falle<sup>2)</sup> aus:

<sup>1)</sup> Man beachte die *oratio obliqua* der Stelle.

<sup>2)</sup> Es handelt sich um einen Aufwand des *fiduciars* auf ein Haus des Nachlasses.

Quod si nulla retentione facta domum tradidisset, incerti condictio ei competet, quasi plus debito solverit.

Die neuere Richtung<sup>1)</sup> ging also dahin, dass das indebitum nicht bloss in den geleisteten Objecten, sondern auch in der vor-eiligen Leistung, wenn der Kläger dazu vor Erfüllung eines Gegenanspruches nicht hätte gezwungen werden können, gelegen sein konnte, dass also die condictio indebiti nicht nur auf die ganze oder theilweise Restitution der geleisteten Sachen, sondern auch auf die Gutmachung der versäumten Retention durch nach-trägliche Geltendmachung des Gegenanspruches zielen konnte. Julian bezeichnet die Leistung in diesem Falle, zum Unterschied von der gewöhnlichen solutio indebiti, als ein quasi indebitum, ein Ausdruck, der von den übrigen Juristen beibehalten wurde; er hebt ferner die intentio incerta der Klage hervor, welche hier eine Nothwendigkeit ist, weil der Richter den Klagsgegenstand jedesmal erst schätzen muss, während bei der gewöhnlichen condictio indebiti in den meisten Fällen eine certa res zurück-gefordert wird, daher die intentio certa die Regel ist.

Es lassen sich eine Reihe von Stellen anführen, welche das gleiche Princip und häufig mit derselben Ausdrucksweise aus-sprechen: l. 40 §. 1 D 12, 6 von Marcian; l. 3 §. 10 D 35, 3 von Ulpian; l. 7 pr. D 7, 9 von Ulpian; l. 22 D 12, 6 von Pomponius; l. 39 D 12, 6 von Marcian; l. 45 D 12, 6 von Javolenus. In allen diesen Stellen wird als Grund der condictio angeführt, dass die Leistung indebite erfolgt sei; schon daraus würde sich ergeben, dass die fragliche condictio nichts anderes als eine erweiterte condictio indebiti ist und daher gleichfalls den error zur Voraussetzung haben muss. Zudem ist dies noch in der l. 3 §. 10 D 35, 3 von Ulpian ausdrücklich bemerkt: Si legatum fuerit praestitum ante interpositam hanc stipulationem, an condici possit, ut cautio ista interponatur? movet quaestionem, quod ea, quae per errorem omisa vel soluta sint, condici possunt et hic ergo quasi plus solutum videtur ex eo, quod cautio intermissa est, et ait Pomponius condictionem interponedae satisfactionis gratia competere et puto hoc probandum quod Pomponius, utilitatis gratia.

Auf die Dotalimpensen angewendet, ergibt sich daraus, dass man bei Versäumung der Retention, aber nur wenn sie durch Irrthum erfolgt war, dem Gatten eine condictio zur Hereinbringung des Ersatzes gegeben haben muss; dasselbe galt auch von dem Aufwande des bona fide possessor auf eine Einzelsache.<sup>2)</sup> Darnach können wir ohne weiters den Charakter der condictio in der l. 5 §. 2 D 25, 1 von Ulpian bestimmen; es ist dieselbe Klage, die

<sup>1)</sup> Sie dürfte, nach den l. 33 D 12, 6 und 60 D 30 von Julian ausgehen; Ulpian beruft sich auch in der l. 19 §. 1 D 24, 1 diesbezüglich auf Julian.

<sup>2)</sup> Als einen Anhänger der alten Richtung finden wir wieder den conservativen Paulus, der in der l. 14 D 44, 4 jede Klage dem bona fide possessor verweigert, wenn derselbe die Retention versäumt.

wir schon in anderen Stellen, darunter auch in der l. 3 §. 10 D 35, 3 von Ulpian getroffen haben. Ulpian sagt, dass Marcellus die *condictio* zulasse, und dass er, obwohl die Meisten sie verwerfen, doch der Ansicht des Marcellus *propter aequitatem* beitrete. Uns bietet diese Bemerkung keine Schwierigkeiten; sie versteht unter den *plerique* die Anhänger der alten Richtung, zu denen sich Ulpian in Gegensatz stellte, wenn er bei den *Dotalimpensen* ausser der von ihm statuirten *Retention* auch eine *condictio indebiti* zuliesse.<sup>1)</sup>

Die *aequitas*, von der Ulpian spricht, lag in der Erweiterung des Anwendungsgebietes der *condictio indebiti* auf die *Retentionen*; Ulpian drückt denselben Gedanken in der l. 3 §. 10 D 35, 3 mit den Worten aus, er gebe die *condictio „utilitatis gratia“*.

Dernburg fasst die Stelle anders auf; er sieht in der *condictio* der l. 5 §. 2 D 25, 1 eine allgemeine Bereicherungsklage, speciell für die Fälle bestimmt, in welchen Mangels eines Irrthums eine *condictio indebiti* nicht ertheilt werden kann und erklärt die Schlussbemerkung der Stelle in folgender Weise: Die übrigen Juristen verweigerten diese *condictio*, weil sie in der wissentlichen Mehrzahlung eine Schenkung erblickten; Marcellus und Ulpian erkannten dagegen, dass man daraus auf eine Schenkungsabsicht nicht schliessen könne, sondern dass der Geklagte die Absicht gehabt haben kann, die *Impensen* erst später zu fordern, desswegen gaben sie *per aequitatem* eine *condictio*.<sup>2)</sup>

Diese Ansicht ist unhaltbar. Aus ihr müsste, da ein Grund zu einer Ausnahme bei den *Dotalimpensen* nicht vorliegt, gefolgert werden, 1. dass Ulpian auch in den übrigen Fällen der wissentlichen *plus solutio* dann eine *condictio* ertheilte, wenn sich eine Schenkungsabsicht nicht annehmen liess; 2. dass die übrigen Juristen bei der wissentlichen Mehrzahlung desswegen die *condictio indebiti* und eine jede andere Bereicherungsklage verweigerten, weil sie auf einen *animus donandi* schlossen. Von Beiden findet sich in den Quellen keine Spur. Dagegen haben wir einerseits von Ulpian eine Reihe von Stellen, in welchen er den *error* als Voraussetzung der Zurückforderung betont,<sup>3)</sup> andererseits können wir auf die l. 50 D 12, 6 von Pomponius hinweisen, die ausdrücklich die *condictio indebiti* auch in dem Falle ausschliesst, wenn der Zahlende die Schenkungsabsicht nicht hatte.

*Quod quis sciens indebitum dedit hac mente, ut postea repetet, repetere non potest.*

<sup>1)</sup> Zur Zeit des Ulpian scheint der Streit noch sehr lebhaft gewesen zu sein, was sowohl aus dem „*plerique*“, als auch aus der wiederholten und energischen Betonung des neuen *Principes* zu schliessen ist.

<sup>2)</sup> Czyhlarz erklärt die Verweigerung der *condictio* seitens der herrschenden Lehre aus der l. 51 D 12, 6 von Pomponius. S. 8. 289.

<sup>3)</sup> Gleich die l. 1 §. 1 D 12, 6 von Ulpian: *sed si sciens se non debere solvit, cessat repetitio.*

Es bliebe also die Frage, wesswegen Ulpian in der l. 5 §. 2 D 25, 1 im Gegensatz zu den Anderen eine allgemeine Bereicherungsklage *propter aequitatem* gewährt, nach der Interpretation Dernburg's, eine ungelöste. Meines Erachtens kann bei einer *plus solutio* überhaupt ausser der *condictio indebiti* keine andere Bereicherungsklage statthaben; die *condictio indebiti* enthält bereits die Voraussetzungen, unter welchen eine Rückforderung noch gestattet wird. Bei einer wissentlichen Mehrzahlung verweigert man eine Bereicherungsklage aus Rücksicht auf die Rechtssicherheit, welche nicht zulässt, dass Jemand den juristischen Erfolg, welchen er durch eine Handlung setzt, durch eine gegenheilige Mentalreservation wieder vernichtet. Wer einen Gegenstand als Zahlung leistet, drückt dadurch den Willen aus, ihn dem Empfänger für immer zu überlassen; wenn er sich dabei das Gegentheil vornimmt, so kann dies ebensowenig als z. B. beim Kauf berücksichtigt werden, gleichgiltig im Uebrigen, ob der Leistende *dolos* oder nur *unvorsichtig* handelte. Die Rechtssprechung hält sich an die äussere Erscheinungsform des Willens, und nur, wenn dieselbe aus Irrthum gesetzt ist, kann der ausgedrückte Wille nicht als vorhanden angenommen werden. Wer daher durch Mehrzahlung sich wissentlich selbst einen Schaden zufügt, muss ihn auch tragen.<sup>1)</sup>

Neben der *condictio* kommt als Klage zur Hereinbringung der *Impensen* die *actio negotiorum gestorum* in Betracht, welche spätere Juristen dem Gatten ertheilten; die Voraussetzung war hiebei, dass man die *dos* als ein Gut der Frau und den Gatten nur als Nutzniesser einer fremden Sache ansah. Wenn er auch in seinem eigenen Interesse den Aufwand anbringt, so weiss er doch, dass er auch zugleich im Interesse der Frau thätig ist und das war zur Gewährung der *actio n. g.* genügend. Vgl. l. 29 pr. D 10, 3 von Paulus. Mit der Ertheilung der *actio n. g.* für die *impensae utiles* hörte jedoch ihre Berücksichtigung im *Dotaljudicium* nicht gänzlich auf; allerdings hatte sie aber jetzt einen total verschiedenen Charakter. Der Gatte konnte seinen Klagsanspruch *compensationsweise* gegenüber der *Dotalklage* anbringen. Trotz der Ungleichartigkeit dieser Gegenforderungen hatte diese Compensation bei dem Charakter der *Dotalklage* als *actio bonae fidei* keinen Anstand. Bei den *actiones b. f.* war es ganz regelmässig, dass der Klagsanspruch der *actio contraria* bei der *directa compensationsweise* geltend gemacht werden konnte; nur hatte er nicht eine Minderung, sondern lediglich eine Hemmung der Klage zur Folge, l. 18 §. 4 D 13, 6; l. 23 D 16, 3. Auch das *Dotaljudicium*

<sup>1)</sup> In dem Sinne der bisherigen Ausführung ist auch die l. 19 §. 1 D 24, 1 von Ulpian zu interpretiren: *et dicendum est posse maritum et exceptionem habere, si dos ab eo petetur secundum Marcelli sententiam et si solverit, secundum Julianum condicere posse.* Es wird nicht gesagt, dass die *condictio* jedesmal neben der *Retention* zur Verfügung steht, sondern nur, dass das überhaupt sein kann.

konnte die mannigfaltigsten Ansprüche umfassen, wovon die l. 19 D 24, 1 ein Beispiel gibt. Nur ist der Richter zur Berücksichtigung nicht verpflichtet; so gut als er bei der wirklichen Compensation mangels Liquidität die Gegenforderung auf den Klageweg verweisen konnte, war dies aus besonderen Gründen auch hier möglich. Wir finden dies z. B. in der l. 1 §. 4 D 27, 4.

*Praeterea si tutelae iudicio quis convenietur, reputare potest id quod in rem pupilli impendit: sic erit arbitrii eius utrum compensare an petere velit sumptus. quid ergo, si iudex compensationis eius rationem non habuit, an contrario iudicio experiri possit? et utique potest.*

Desgleichen ist in der l. 18 §. 4 D 13, 6 von Gaius nicht von einer Versäumung der Compensation durch die Partei die Rede, sondern davon, dass ihr seitens des Richters keine Rechnung getragen werde. Ebenso die l. 7 §. 2 D 3, 5. Endlich gibt uns Marcian auch für die Dotalimpensen ein Beispiel in der l. 5 D 33, 4: Wenn die dos legirt ist, soll ihre Auszahlung nicht wegen der *impensae utiles* verzögert werden.

Ebensowenig als der Richter verpflichtet war, die Compensation zu berücksichtigen, war die Partei gehalten, sie anzubringen; die Versäumung der Retention zog keinerlei Nachtheile nach sich (l. 1 §. 4 D 27, 1; l. 32 D 11, 7; l. 50 §. 1 D 5, 3). Hier lag ein grosser Unterschied gegen früher; es war eben das Verhältniss der Retention zur *actio negotiorum gestorum* ein ganz anderes als früher zur *condictio*. Dort war die Retention das eigentliche Rechtsmittel und die *condictio* nur das subsidiäre; ihre Anwendung konnte daher gegenüber der Retention beschränkt sein. Hier ist die Impensenklage das primäre Rechtsmittel und die *exceptio* nur eine andere processuale Geltendmachung desselben Klagsanspruches; sie steht erst in zweiter Linie, bedingt durch das Vorhandensein der Klage. Der Klageweg ist die Regel, die *exceptio* nur die Ausnahme; der erstere muss dem Gatten immer bleiben, auch wenn er von der letzteren keinen Gebrauch machte.

Es scheint, dass hier eine Aenderung durch Justinian geschaffen wurde. Aus den ersten Sätzen der l. 5 C V 13 geht hervor, dass Justinian bei gegebener Klage die Retention für überflüssig fand; man muss daher schliessen, dass er bei den Dotalimpensen die Retention nicht nur als besonderes Rechtsinstitut im Sinne Ulpian's, sondern auch in der Form als Compensation aufheben wollte.<sup>1)</sup>

Zum Schlusse sei noch die l. 50 §. 1 D 5, 3 von Papinian erwähnt, weil man aus ihr leicht unrichtige Folgerungen auch für die Dotalimpensen ziehen könnte. Ihr Inhalt ist folgender: der *bona fide* possessor einer Erbschaft hat *condicionis implendae causa* dem Erblasser ein Monument errichtet. Papinian sagt nun: eum

<sup>1)</sup> Dernburg S. 166, Bechmann Bd. 2, S. 370.



*impensas ratione doli exceptione aut retenturum aut actione negotiorum gestorum repetiturum.* Wir haben hier nicht die echte *actio n. g.* vor uns, da von einer *contemplatio domini* bei einem *b. f. possessor* nicht die Rede sein kann, sondern die *actio n. g.* in ihrer Function als Nothklage. Die Retention ist wiederum nur eine Folge des Vorhandenseins der Klage.

Woher kommt aber die Nothwendigkeit einer *actio negotiorum gestorum*, da ja der Geklagte für seine Impensen wie ein jeder *b. f. possessor* die Retention haben muss? Der Grund liegt darin, dass es sich hier nicht um einen Aufwand auf die *hereditas* handelt, sondern um die Erfüllung einer Bedingung, an welche die Erlangung der Erbschaft geknüpft ist. Die Bereicherung des Klägers tritt nicht erst bei der Ausfolgung der *hereditas* ein, sondern bestand sogleich, als das Hinderniss der Delation beseitigt wurde. Es ist daher der Boden für die *retentio* nicht gegeben und Papinian muss zu dem Nothbehelf der *actio n. g.* greifen, während er in der *l. 48 D 6, 1* dem *b. f. possessor*, weil er ohnehin das Retentionsrecht hat, ein jedes Klagerecht abspricht.

Auch bei Erwähnung der *exceptio* lässt Papinian den Unterschied gegen die *exceptio doli* des *b. f. possessor* durchblicken. Dort liegt der *dolus* darin, dass der Kläger mit der *intentio* zu viel begehrt; das ist hier nicht der Fall. Desswegen sagt Papinian nur, dass die *exceptio „ratione doli“* sei „nach Art der *exceptio doli“*; es besteht also nur eine Aehnlichkeit, keine Gleichheit zwischen ihnen.

### VIII.

Die Juristen unterschieden die Dotalimpensen in zwei grosse Kategorien, in diejenigen, welche nur zur regelmässigen Benützung der Sache gemacht werden und in jene, welche darüber hinaus eine neue Capitalsanlage bedeuten. Zur letzteren Classe gehörte jener Aufwand, der von dem Verwender nur in der Erwartung auf Ersatz oder — wie beim *b. f. possessor* — auf das Behalten der Sache gemacht wird; das kennzeichnende Merkmal für den erstgenannten Aufwand ist dagegen, dass ihn der Gatte auch dann gemacht hätte, wenn er weiss, dass er keinen Ersatz erhält, nur desswegen, weil er sonst das erworbene Benützungsrecht der Sache nicht ausüben kann. Man zog daraus das Princip, dass die *impensae fructuum quaerendorum causa factae* von dem Gatten nicht angerechnet werden können, da seine Erwartungen nur auf den Bezug der Früchte zielen, damit befriedigt sind und er daher keinen Verlust weiter erleidet;<sup>1)</sup> dass dagegen die anderen Impensen, bei welchen dies nicht der Fall ist, zur Anrechnung zuzulassen seien. Die Zutheilung der Impensen zu der einen oder

<sup>1)</sup> *l. 15 D 25, 1.*

anderen Classe war keine leichte. Bei manchen Arten liess sich zwar die Intention, mit welcher sie der Gatte gemacht haben musste, mit Sicherheit von vornherein bestimmen; bei anderen konnte dies nur mit Wahrscheinlichkeit geschehen, es liess sich nur eine Vermuthung aufstellen, die Entscheidung im einzelnen Falle musste dem Richter überlassen bleiben.

Gehen wir nun die einzelnen Arten der Impensen durch.

1. Der Aufwand dient keinem dauernden, sondern nur einem ein- oder mehrmaligen Fruchtgewinn, z. B. die jährlich wiederkehrende Bearbeitung der Aecker und Weinberge. Es ist der typische Fall des Aufwandes *fructuum causa*; die Anrechnung wurde von vornherein ausgeschlossen.<sup>1)</sup> Dabei ist jedoch Voraussetzung, dass die Ernte, welche aus dem Aufwande resultirt, von dem Gatten ganz bezogen wurde, oder wenigstens soweit, dass seine Ausgaben hereingebracht sind;<sup>2)</sup> in dem entgegengesetzten Falle erhält er seine Impensen ganz oder theilweise ersetzt. Dagegen ist es gleichgiltig, ob die Ernte seinen Erwartungen entspricht, oder ob sie die Ausgaben gar nicht deckt; die Thatsache, dass der Gatte die Ernte bezieht, wie sie sonst auch sei, hebt alle Ansprüche wegen seines Aufwandes auf. Ebenso ist es gleichgiltig, ob auch für die Frau ein Vortheil zurückbleibt, da nur gefragt wird, ob der Gatte einen Verlust erleidet (l. 16 D 25, 1).

2. Der Aufwand hat eine dauernde Steigerung des Fruchtgewinnes zum Zwecke und zur Folge. Das kann einmal dadurch geschehen, dass man die Sache zwar nur in der gewöhnlichen Weise benützt, aber ihre Productionsfähigkeit hebt, so dass sie bei Gleichbleiben der Productionsquellen doch einen höheren Ertrag liefert. Dieser Aufwand wird als *fructuum causa* angesehen und mit seinem Ertrage compensirt, z. B. Bewässerungsanlagen, der übliche Handwerksunterricht an Sklaven.<sup>3)</sup> das Düngen der Aecker etc. Es kann aber auch sein, dass durch den Aufwand eine neue Productionsquelle eröffnet oder geschaffen wird, z. B. Errichten von Häusern, Anlage von Werkstätten, Bäckereien, Anbau von brachem Lande, Anlegen von Fischteichen, Canälen, Graben von Schächten etc. Dieser Aufwand galt als eine neue Capitalsanlage und die Juristen schlossen hier eine Compensation mit den Früchten, die übrigens vielfach gar nicht aus der Hauptsache, sondern aus dem Aufwande allein bezogen werden, im Allgemeinen aus, auch dann, wenn der aus dem Aufwande resultirende Gewinn die Anlagekosten schon überstiegen hat. Wenn es sich z. B. um ein errichtetes Gebäude handelt, muss der Ersatz geleistet werden, ohne dass nach dem bezogenen Zinse gefragt wird. Das galt aber nur im Allgemeinen; es ist ja möglich, dass der Gatte den Auf-

<sup>1)</sup> l. 3 §. 4 D 25, 1.

<sup>2)</sup> l. 7 §. 16 D 24, 3.

<sup>3)</sup> 28 §. 4 D 24, 1; l. 31 D 6, 1; l. 48 D 6, 1; l. 16 C VIII 44.

wand nur des reichlichen Ertrages wegen gemacht hat, dass er ihn auch ohne Aussicht auf Ersatz angebracht hätte; das hat dann der Richter zu untersuchen und zu berücksichtigen.

3. Die Impensen dienen lediglich der Erhaltung der Sache und damit allerdings auch der Production: Aufführen von Dämmen, Stützen eines baufälligen Hauses, Zahlung bei der Noxalklage, Leistung der *cautio damni infecti* etc. Auch hier war eine einheitliche Beurtheilung nicht möglich. Gewisse kleinere Ausgaben wie das Speisen von Sklaven, kleinere Curkosten, Ausbessern von Dächern, Pflege der Bäume u. a. bezeichnete man als *fructuum quaerendorum causa facti*, da hier mit einer kleinen Ausgabe ein empfindliches Manco im Ertrage oder sogar der gänzliche Unter- gang der Sache vermieden wird, und schloss den Ersatz jedesmal aus. Bei grösseren Ausgaben, die oft eine theilweise Erneuerung der Sache sind, sprach die Vermuthung dafür, dass sie in der Erwartung auf Ersatz gemacht sind, daher die Anrechnung als Regel.<sup>1)</sup>

4. Der Aufwand liefert überhaupt keinen Ertrag. Hieher gehört die Classe der *impensae voluptariae* — Marmorfliessen, Sculpturen im eigenen Hause etc. Hier tritt unbedingt ein Verlust des Verwenders und eine Bereicherung des Klägers ein. Diese Impensen sind also anrechenbar; dafür dass die *voluptariae* gewöhnlich nicht angerechnet werden, liegt der Grund ganz wo anders, nämlich in der Rücksicht auf den Uebernehmer, der nicht belastet werden soll.

Eine weitere Eintheilung der Impensen ist die in *necessariae*, *utiles* und *voluptariae*; sie richtet sich nach der Art des Aufwandes und der Sache, auf welche er gemacht wird, ohne Rücksicht auf die übrigen Verhältnisse des Eigenthümers. Es kommt nicht darauf an, ob der Aufwand im einzelnen Falle für den Eigenthümer auch wirklich nothwendig, nützlich oder überflüssig ist, sondern darauf, ob dieser Aufwand auf diese Sache gemacht sich in der Regel als das eine oder andere darstellt. Der Unterricht eines Sklaven z. B. ist gewöhnlich ein nützlicher Aufwand; er ist es nicht mehr, wenn er einem unrettbar kranken Sklaven zu Theil wird, wohl aber dann, wenn er gerade nur für den Eigenthümer nicht passend ist, weil dieser z. B. die Absicht hatte, den Sklaven zu verschenken oder zur Landwirthschaft zu verwenden. Umgekehrt kann ein Aufwand, der bei anderen Sachen als voluptar erscheint, sich als nützlich darstellen, wenn die Sache eine Handelswaare ist; hier ist der Aufwand regelmässig keine unfruchtbare Capitalsanlage, sondern mit Rücksicht auf die Natur der Sache ein fördernder. Es trifft der Gesichtspunkt der *impensae utiles* zu. Der Aufwand wird nicht *voluptatis causa*, sondern des

<sup>1)</sup> l. 15 D 25, 1; l. 28, §. 1 D 24, 1; l. 65 D 6, 1; l. 12 D 25, 1; l. 30 §. 1 D 21, 1; l. 7 §. 2 D 7, 1; l. 7 §. 16 D 24, 3.

Gewinnes halber gemacht, wie andere *impensae utiles*.<sup>1)</sup> Also die Beschaffenheit des Aufwandes und der Sache entscheiden darüber, ob ein Aufwand nothwendig, nützlich oder voluptar sei, nicht aber die subjectiven Verhältnisse des Eigenthümers. Die letzteren wurden früher vom Richter überhaupt nicht berücksichtigt; damit dass ein Aufwand objectiv in die Classe der *necessariae, utiles* oder *voluptariae* fiel, war auch schon über den Ersatz entschieden.

Von Ulpian werden die *voluptariae* zur Anrechnung gleichfalls zugelassen; dies hatte aber bloss eine Wirkung auf die Frage des Ersatzes, nicht aber auf die Eintheilung der Impensen, die sich aus wirthschaftlichen Gesichtspunkten ergab.<sup>2)</sup> Ein sonst nützlicher Aufwand sank desswegen, weil er einmal nicht angerechnet werden konnte, nicht etwa zu einem voluptaren herab, noch avancirte aus dem umgekehrten Grunde ein voluptarer in die Classe der *utiles*. Wäre dem so gewesen, so hätte die l. 14 D 25, 1 von Ulpian gar nicht Beispiele für die einzelnen Classen objectiv, ohne Beziehung auf die subjectiven Umstände aufführen können.

Wir haben bis jetzt bloss von den *Factoren* gesprochen, welche für die Unterscheidung der Impensen in Betracht kamen; es ist jetzt zu bestimmen, nach welchen Gesichtspunkten man die Unterscheidung selbst vornahm. Am leichtesten ist dies bei den *impensae voluptariae*, die sich als eine unfruchtbare Capitalsanlage darstellen; mit der Definition, dass die *voluptariae* weder zur Erhaltung der Sache nothwendig sind, noch einen Ertrag abwerfen, ist ihr Umfang genügend gekennzeichnet. Weit schwieriger ist die Trennung der nothwendigen und der bloss nützlichen Impensen; setzen wir statt nützlich — willkürlich, so werden wir den Gegensatz zu den nothwendigen besser bezeichnen. Als Beispiel diene der Aufwand auf ein Grundstück. Zu den *impensae necessariae* gehört aller Aufwand, welcher zur Verwaltung in dem bisherigen Umfange nothwendig ist, ferner auch derjenige, welcher Neues schafft, sofern dies durch das Bedürfniss der Sache geboten ist, z. B. das Errichten eines zweiten Speichers, wenn der Ertrag grösser geworden ist, von Gesindehäusern, wenn mehr Knechte nothwendig sind, Vermehrung des fundus instructus etc.

Durch die *utiles* hingegen werden der Production neue Gebiete erschlossen, z. B. Anpflanzungen auf früher brach gelegenen Boden, Anlegen von Weingärten, Errichten von Bäckereien, Werkstätten, Anlegen von Schächten zur Förderung von Mineralien etc. Auch bei den *necessariae* können Neuschöpfungen vorkommen, aber hier entsprechen sie einem schon vorhandenen Bedürfniss, sollen eine Lücke im Organismus der Bewirthschaftung ausfüllen;

<sup>1)</sup> Anders dagegen, wenn die Sache keine Handelswaare ist, der Eigenthümer aber die Absicht hatte, sie zu verkaufen. l. 29 D 6, 1; l. 38 i. f. D 6, 1.

<sup>2)</sup> Dernburg ist der Ansicht, dass die nothwendigen Impensen nicht nach ihrer wirthschaftlichen Function, sondern nach ihrer rechtlichen Stellung ihre Bezeichnung erhielten. S. 106.

dagegen die *utiles* sind etwas Willkürliches, sie wachsen nicht aus der Sache heraus, sondern entstehen sprunghaft durch den Willen des Verwenders. Die *utiles* kennzeichnet demnach die Veränderung im Betriebe, die *necessariae* das Gleichbleiben oder die allmälige Erweiterung desselben.

Dementsprechend finden wir bei Paulus und den älteren Juristen folgende *Impensen* als *nothwendige* aufgezählt: Auf-  
führung eines Dammes, *nothwendige* <sup>1)</sup> Errichtung einer Mühle und eines Speichers, Aufbau eines eingestürzten Hauses, dessen Besitz vortheilhaft ist, Nachpflanzen von Obstbäumen, Leistung der *cautio damni infecti*, Curkosten für Sklaven, Erweiterung eines Weingartens, Pflege der Bäume, Anpflanzungen der Aecker behufs Stärkung ihrer Productionskraft. <sup>2)</sup> Dagegen sind *utiles* die Anlage eines Obst- oder Weingartens, die Einrichtung einer Bäckerei oder eines Gasthauses, der Unterricht von Sklaven <sup>3)</sup> der Anbau von brachem Lande. <sup>4)</sup>

Dieser Unterscheidung schliesst sich jedoch Ulpian nicht an. Er führt in der l. 14 D 25, 1 als Beispiel eines nützlichen Aufwandes im Gegensatz zu dem *nothwendigen* das Düngen der Aecker, also eine wirthschaftlich *nothwendige* Handlung an, als *necessariae* nimmt er nur jene *Impensen*, welche die Sache in den ursprünglichen Stand setzen. Der Umfang der *necessariae* ist damit ein kleinerer; alle *Impensen*, die eine Erweiterung des Betriebes bedeuten, sind *utiles*. Das Räthsel löst sich sofort, wenn man bedenkt, welche Erklärung Ulpian dem Satze: „*impensae necessariae dotem ipso jure minuunt*“ gibt; er konnte dann unter den *necessariae* nur jene *Impensen* verstehen, welche einen Capitalsverlust bedeuten. Es muss allerdings auffällig erscheinen, wenn ein so grosser Jurist eine Frage so oberflächlich behandelt; dieser Eindruck wird noch verstärkt durch seine Definition der *nothwendigen* *Impensen* in der l. 1 pr. D 25, 1: *necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi*. Aber man muss bedenken, dass für Ulpian die Unterscheidung zwischen *necessariae* und *utiles* eine überflüssige Spielerei war, da es nach seiner Anschauung bei den einen wie bei den anderen hinsichtlich des Ersatzes auf die Umstände des einzelnen Falles ankam, beide Kategorien aber dann in ganz gleicher Weise behandelt wurden. Das war der Grund, wesswegen sich Ulpian auf diese Frage nicht näher einliess.

Der Begriff der *necessariae* wird auch noch anders bestimmt, nämlich vom Standpunkte der Frau aus; dann sind *nothwendige* Ausgaben alle jene, bei welchen die Frau ein Interesse daran hat, dass sie schon seinerzeit durch den Gatten gemacht worden seien,

<sup>1)</sup> *Necessario* . . . .

<sup>2)</sup> l. 3 pr. D 25, 1.

<sup>3)</sup> l. 6 D 25, 1.

<sup>4)</sup> l. 7 §. 16 D 24, 3.

also der dringende Aufwand. Das ist nur dann der Fall, wenn es sich um die Bewahrung der Sache vor einem grösseren Schaden handelt, z. B. die Ausbesserung eines Daches, damit Regenwasser nicht eindringe, Aufführung eines Dammes zur Vermeidung von Ueberschwemmungen etc., in den übrigen Fällen ist es der Frau ganz gleichgiltig, ob der Aufwand schon geschehen ist, oder ob sie ihn erst vornimmt, da sie ihn ja doch bezahlen muss. Darauf bezieht sich die l. 4 D 25, 1 von Paulus, welcher zugleich hervorhebt, dass diese Gattung von Impensen ausnahmslos (in totum) den *necessariae* beizuzählen ist; sie müssen nur deswegen erwähnt werden, weil sie für die *diligentia* des Mannes hinsichtlich der *Dotalsachen* von Wichtigkeit sind.<sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> l. 17 pr. D 23, 3.



